



HENRIQUES JOSÉ HENRIQUES

***O DIREITO INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO DE MOÇAMBIQUE:
ENCONTROS E DESENCONTROS À LUZ DO PLURALISMO JURÍDICO
GLOBAL***

**Tese com vista à obtenção do grau de Doutor
em Direito, na especialidade em Direito Público**

Orientador:

Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Dezembro de 2015



HENRIQUES JOSÉ HENRIQUES

***O DIREITO INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO DE MOÇAMBIQUE:
ENCONTROS E DESENCONTROS À LUZ DO PLURALISMO JURÍDICO
GLOBAL***

**Tese com vista à obtenção do grau de Doutor
em Direito, na especialidade em Direito Público**

Orientador:

Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Dezembro de 2015

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

Eu, Henriques José Henriques, declaro por minha honra que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Dezembro de 2015

O declarante

(Henriques José Henriques)

AGRADECIMENTOS

Esta tese tornou-se uma realidade graças ao contributo de muitas pessoas singulares e colectivas, a quem endereço, do fundo do coração, os meus mais sinceros agradecimentos:

- À minha querida e estimada esposa, companheira de luta, Maria Albertina, pelo apoio, incentivo e sacrifícios para que este estudo fosse uma realidade;
- Aos meus filhos, N'tsay, Lucy e Kristus, pela compreensão e privação do amor e carinho do pai pelas longas ausências;
- Aos meus pais, José Henriques e N'tsay Maria, que lutaram para dar aos seus filhos aquilo que lhes fora negado – a instrução;
- Ao meu orientador Professor Catedrático Jorge Bacelar Gouveia, meu mui amigo e *irmão* que, pelo seu altruísmo, colocou todos os meios à disposição para que este estudo, por ele incentivado e acarinhado chegasse a bom termo;
- Ao meu primeiro e eterno orientador Professor Doutor António Manuel Hespanha, paciente, atento e incansável na condução da primeira parte desta pesquisa, fazendo deste trabalho sua batalha;
- Ao Sr. Prof. Doutor João Leopoldo da Costa, por ter depositado confiança nas minhas capacidades e pela paciência e esperança de ver esta batalha vencida;
- Ao Sr. Dr. Salim Omar, que esteve sempre ao meu lado incentivando, apoiando e disponibilizando todo o seu acervo humano, material e bibliográfico para o êxito deste estudo;
- Ao Sr. Prof. Doutor Armando César Dimande, que sempre esperou e soube incentivar-me com as necessárias dispensas do serviço para que as pesquisas fossem feitas;

- Ao Sr. Prof. Doutor Gildo Manuel Espada, pelo companheirismo, estímulo, partilha de ideias, exemplo do espírito de entrega e dedicação ao trabalho e sobretudo por ter-se disponibilizado para a revisão do texto desta tese;
- À Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, à Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e ao Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique, que me abriram as portas, acolheram-me e fizeram-me crescer;
- À Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento (FLAD), que me concedeu a bolsa de estudos para o doutoramento;
- Às pessoas que partilharam connosco as suas opiniões, saber, disponibilizaram informação preciosa para o estudo desta temática, nomeadamente: Sr. Dr. Salim Omar, Sr. Dr. Paulo Comoane, Sr. Dr. Samuel Levi, Sr. Prof. Doutor Eng. Pedro Sing Sang, Sr. Eng. M. Alvarinho e Sr. Dr. Manuel Castiano.

**“O DIREITO INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO DE MOÇAMBIQUE:
ENCONTROS E DESENCONTROS À LUZ DO PLURALISMO JURÍDICO
GLOBAL”**

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	II
ÍNDICE	IV
Lista de Siglas e Acrónimos	IX
RESUMO	XIII
ABSTRACT	XVI
INTRODUÇÃO.....	1
1. Apresentação do Tema	1
2. Justificação da escolha do Tema	3
3. Objectivos	5
3.1. Objectivos gerais:.....	5
3.2. Objectivos específicos:.....	5
4. Métodos e técnicas do Trabalho.....	7
5. Estrutura e Conteúdo do Trabalho	8
PARTE I – O Direito Internacional e o Pluralismo Jurídico	12
Capítulo I – O Pluralismo Jurídico em Geral	13
1.1. Considerações Preliminares sobre o Pluralismo Jurídico	13
1.2. Da Emergência e dos Desafios do Pluralismo Étnico e Sócio- Antropológico.....	22
1.3. O Pluralismo Jurídico em Contextos Coloniais.....	28
1.3.1. As regras de reconhecimento das ordens jurídicas no espaço colonial .	48
1.3.2. Os usos e costumes dos nativos na sociedade colonial	49
1.3.3. O Direito Privado Especial na sociedade colonial.....	54
1.3.4. As normas religiosas na sociedade colonial	55
1.3.5. O Direito da Família e Sucessões	56
1.4. Pluralismo Jurídico em Contextos Pós-Coloniais.....	58
1.5. A Reflexão sobre o Pluralismo Jurídico e a Nova Ordem Jurídica Global	74
1.6. Uma Construção Jurídico-Teórica adequada ao Pluralismo Jurídico e as Ordens Jurídicas Plurais – O realismo de Herbert L. Hart.....	86
Capítulo II – Globalização e os Estados Pós-Nacionais	91

Capítulo III – As Ordens Jurídicas Internacionais e o Direito Internacional Global.....	107
3.1. A Ordem Jurídica das Instituições Transnacionais e a Globalização Económica.....	115
3.2. Os Desafios da Globalização Económica Liberal e o Direito Internacional..	123
Capítulo IV – O Direito Internacional das Ordens Jurídicas Privadas ou não-oficiais e o Direito Internacional Global.....	131
4.1. A Lex Mercatória e o Direito Internacional Global.....	131
4.1.1. A auto-regulação telecomunicativa – servidores e operadores	136
4.1.2. Os sindicatos e o processo de auto-regulação legislativa.....	143
4.1.3. Os desafios da Lex Mercatória e o Direito Internacional Global	149
4.2. Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Ordem Jurídica Global.....	159
4.2.1. Os Desafios do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Ordem Jurídica Global	168
4.3. Direito Internacional Humanitário e a Ordem Jurídica Global	197
4.3.1. Direito ou dever de ingerência e o Direito Internacional Humanitário.....	199
4.3.2. Os Desafios do Direito Internacional Humanitário e a Ordem Jurídica Global.....	206
4.4. Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Global	217
4.4.1. Os Desafios dos Movimentos Migratórios e o Direito Internacional Global.....	221
4.5. Direito Internacional do Desenvolvimento e a Ordem Jurídica Global.....	231
4.5.1. Os Desafios das Normas Internacionais da Ajuda ao Desenvolvimento e a Ordem Jurídica Global	242
4.5.2. A legitimidade das normas internacionais de ajuda ao desenvolvimento ou humanitárias impostas aos países beneficiários como condição à elegibilidade para a ajuda	270
4.6. Direito Internacional Regional e a Ordem Jurídica Global.....	277
4.6.1. Os Desafios do Direito de Integração Regional e o Direito Internacional Global.....	279
4.7. Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Global	287
4.7.1. Os Desafios do Direito Internacional Penal e a Ordem Jurídica Internacional Global	292
Parte II – O Direito Constitucional Internacional de Moçambique	318
Capítulo V – A Evolução do Direito Internacional na Constituição de Moçambique.....	319
5.1. A Relevância do Direito Internacional no Direito Estadual.....	319
5.2. A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975	324
5.3. A Constituição da República de Moçambique de 1990.....	329
5.4. A Constituição da República de Moçambique de 2004.....	332
5.4.1. A reafirmação do desenvolvimento e a consolidação da Democracia.	334

5.4.2.	A consagração do carácter soberano do Estado.....	336
5.4.3.	A reafirmação e consolidação do Estado de Direito Democrático	337
5.4.4.	A reafirmação do respeito e das garantias dos direitos e liberdades fundamentais	342
5.4.5.	O aprofundamento das garantias e limitações dos direitos e liberdades.....	345
Capítulo VI – O Direito Internacional na Constituição de Moçambique de 2004 ..		348
6.1.	A Inserção e a Posição do Direito Internacional no Direito Moçambicano...	348
6.2.	A Incorporação do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico Moçambicano.....	351
6.2.1.	As regras constitucionais e o processo de incorporação	351
6.2.1.1.	A incorporação dos Tratados Internacionais	351
6.2.1.2.	A incorporação dos Acordos Internacionais.....	353
6.3.	A Validade do Direito Internacional e a sua Posição Hierárquica no Direito Moçambicano.....	358
6.3.1.	A posição hierárquica do Direito Internacional no ordenamento jurídico moçambicano	358
Capítulo VII - O Pluralismo Jurídico no Direito Constitucional de Moçambique ..		362
7.1.	Caracterização e evolução do pluralismo jurídico no Direito Constitucional de Moçambique.....	362
7.2.	O pluralismo das fontes no constitucionalismo moçambicano	378
7.3.	O pluralismo normativo, judicial e institucional na resolução de conflitos – os mecanismos de articulação	397
7.3.1.	O reconhecimento e as limitações constitucionais do pluralismo jurídico em Moçambique.....	397
7.3.2.	Os desafios sobre os mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de composição de interesses e de resolução de conflitos	400
7.4.	Os desafios da internacionalização do pluralismo jurídico no Direito Moçambicano.....	409
Capítulo VIII – O Direito Internacional e o Direito de Moçambique.....		413
8.1.	Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito de Moçambique	413
8.2.	Direito Internacional Económico e o Direito de Moçambique.....	432
8.2.1.	Encontros e desencontros entre o Direito Interno e o Direito Internacional Económico - na Primeira República	435
8.2.1.1.	O Plano Estatal Central (PEC) e o Plano Prospectivo e Indicativo (PPI) e o Direito Internacional Económico	438
8.2.1.2.	A legislação sobre intervenção e nacionalização e o Direito Internacional Económico	440
8.2.1.3.	A legislação sobre intervenções e nacionalizações no sector financeiro, económico e empresarial	446

8.2.1.4. A Legislação sobre o Sector Empresarial e Cooperativo	450
8.2.1.4.1. A Legislação sobre o Sector Empresarial do Estado.....	450
8.2.1.4.2. A Legislação sobre o Sector Cooperativo.....	455
8.2.2. Encontros e desencontros entre o Direito Interno e o Direito Internacional Económico - na Segunda República	458
8.2.2.1. As Normas Internacionais das Instituições de BWs e FMI e de Cooperação Bilateral e Multilateral e a Legislação Económica Moçambicana.....	458
8.2.2.2. A Legislação sobre Alienações e Privatizações.....	460
8.2.2.3. Legislação sobre o Sistema Financeiro	462
8.2.2.4. A Legislação sobre a Actividade Seguradora e de Fundo de Pensões.	475
8.2.2.5. Aviso n.º 10/GBM/2007, de 25 de Maio e o Aviso n.º 4/GBM/2012, de 26 de Dezembro, Extensão dos Serviços Financeiros às Zonas Rurais e as Normas Internacionais - "Acess to Finance Challenge Fund" (AFCF).	479
8.2.2.6. A Regulamentação e Procedimentos no âmbito da SADC – Committee of Central Banks Governors (CCBG-SADC) e a Legislação sobre o Sistema Financeiro Moçambicano	481
8.2.2.7. Quadro Legal sobre Anti-Corrupção e o Direito Internacional.....	485
8.2.2.8. Quadro Legal sobre Políticas Económicas e de Investimentos e o Direito Internacional Económico	503
8.2.2.9. A Legislação Comercial e o Direito Internacional	509
8.2.2.10. Legislação Fiscal e Aduaneira e o Direito do Comércio Internacional.....	528
8.2.2.10.1. As medidas ou normas impostas pelo Programa de Reabilitação Económica como condição para a ajuda estrutural aos investimentos em Moçambique e o Direito Internacional.....	528
8.2.3. Direito Internacional do Trabalho e o Direito de Moçambique	558
8.2.3.1. Legislação laboral moçambicana e o Direito Internacional do Trabalho....	561
8.2.4. O Direito Internacional Penal e o Direito de Moçambique	579
8.2.4.1. A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 e o Direito Internacional Penal	580
8.2.4.2. As políticas neoliberais da economia do mercado (1985) e o direito Internacional Penal	586
8.2.4.3. O Novo Código Penal (Lei n.º 35/2014, de 31 de Dezembro) e o Direito Internacional Penal	594

8.2.5. O Direito Internacional de Integração Regional e o Direito de Moçambique	599
Capítulo IX – Para uma Ideia do Direito Constitucional e Internacional na Nova Ordem Jurídica Global	611
9.1. A diversificação e a expansão do Direito Internacional e a nova ordem jurídica internacional.....	611
9.2. Os desafios das ideias ou dos modelos de interação das ordens jurídicas no Direito Internacional Global	628
9.3. Os desafios da ideia de constitucionalização e a evolução do Direito Internacional Global	642
9.4. A ideia de um quadro jurídico de <i>acoplamentos estruturais e operativos</i> entre o Direito Internacional e o Direito Interno	649
Conclusões	654
BIBLIOGRAFIA.....	665
OBRAS DE REFERÊNCIA	665
LEGISLAÇÃO.....	679
1. Legislação Internacional	679
2. Legislação de Organizações e Instituições Transnacionais.....	681
3. Legislação Moçambicana	683
PERIÓDICOS	690
OUTRAS FONTES	698

Lista de Siglas e Acrónimos

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (UNHCR).

ALENA - Estados Unidos de América, Canadá e México.

ANSI - American National Standards Institutes.

APRM - *African Peer Review Mechanism*.

ASEAN - Países de Ásia do Sul e do Este.

BIRD – Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (Banco Mundial)

BM – Banco de Moçambique.

BSI - British Standards Institution.

CEDEAO - *Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest*.

CE – Comunidade Europeia.

CEDH – Corte Europeia dos Direitos Humanos.

CFI – Cooperação Financeira Internacional.

CICV – Comité Internacional da Cruz Vermelha.

CIDH – Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

CIJ – *Cour International de Justice*.

CPLP - Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa.

CRM – Constituição da República de Moçambique.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

CRPM – Constituição da República Popular de Moçambique.

DHA – *Department of Humanitarian Affairs*, da ONU.

DIP – Direito Internacional Público.

DUAT – Direito de Uso e Aproveitamento de Terra.

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos.

ed – edição.

Ed – Editora.

EFTA - *European Free Trade Association*.

etc. – et cetera.

FAO – *Food and Agriculture Organization* (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura).

FMI – Fundo Monetário Internacional.

FNUAP – Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA).

FRELIMO – Frente de Libertação de Moçambique.

GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*.

GIFiM – Gabinete de Informação Financeira de Moçambique.

HAD – *Human Affairs Department*, da ONU.

HCR – *High Commissioner for the Refugees* (ACNUR, da ONU).

HIV _ *Human Immunodeficiency Virus*.

IAEA – *International Atomic Energy Agency* (AIEA).

IBRD – *International Bank for Reconstruction and Development* (BIRD).

IBWs - Instituições da *Bretton Woods*.

ICSID – *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (Centro Internacional para Arbitragem de Controvérsias sobre Investimentos, do Banco Mundial – CIECI).

IMF – *International Monetary Fund* (FMI).

ITIE - Iniciativa de Transparência na Indústria Extractiva.

ITU - União Internacional das Telecomunicações.

MDGs – *Millennium Development Goals*.

MCNET – *Mozambique Community Network*.

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul (Aliança dos países da América Latina).

MSF – *Médicins Sans-Frontières*.

NAFTA – *North America Free Trade Area*.

NATO – *North Atlantic Treaty Organization*.

NEPAD - Declaração da Nova Aliança para o Desenvolvimento de África.

NIC - Normas Internacionais de Contabilidade.

NIRF - Normas Internacionais de Relato Financeiro.

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico.

ODM – Objectivos de Desenvolvimento do Milénio (*Millennium Development Goals* – MDG).

OECD – *Organization for the Economic Cooperation and Development* (OCDE).

OECE – Organização Europeia de Cooperação Económica (em Inglês: OEEC, actual OCDE).

OIC – Organização Internacional do Comércio.

OIM – Organização Internacional para a Migração.

OIR – Organização Internacional para os Refugiados.

OIT – Organização Internacional do Trabalho.

OJM – Organização da Juventude Moçambicana.

OMC – Organização Mundial do Comércio.

OMS – Organização Mundial da Saúde.

OMM – Organização da Mulher Moçambicana.

ONGs – Organizações não-governamentais.

ONG – Organização não-governamental.

ONU – Organização das Nações Unidas.

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte.

OTM – Organização dos Trabalhadores de Moçambique.

OUA – Organização da Unidade Africana.

PARPA - Plano de Acção da Redução da Pobreza Absoluta.

PEC - Plano Económico Central.

PGC-NIRF - Plano Geral de Contabilidade - Normas Internacionais de Relato Financeiro

PNB – Produto Nacional Bruto.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

PNUE – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

PPI - Plano Prospectivo e Indicativo.

PRE - Programa de Reabilitação Económica.

PRSP - Poverty Reduction Strategy Papers.

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

TJUE _Tribunal da Justiça da União Europeia (anterior TJCE).

TNC – *Transnational Corporation* (empresa transnacional).

TUE – Tratado da União Europeia.

UA – União Africana (substitui a Organização da Unidade Africana - OUA).

UIT – União Internacional das Telecomunicações.

UN – *United Nations*.

UNESCO – *United Nation Educational, Scientific and Cultural Organization* (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura).

UNHCR – *United Nations High Commissioner for Refugees* (ACNUR).

UNICEF – *United Nations Children’s Fund* (Fundo das Nações Unidas para a Infância).

RSA – República da África do Sul.

SADC - *Southern African Development Community*.

TORs – Termos de Referências.

WB – Banco Mundial.

WTO – *World Trade Organization (OMC)*.

RESUMO

O estudo analisa o “*Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: encontros e desencontros à luz do Pluralismo Jurídico Global*”. Esta análise reflexiva vai confluir no problema da internacionalização do Direito na sociedade contemporânea, ou seja, a interacção entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional à luz do pluralismo jurídico global.

Ao reflectir-se sobre as mudanças políticas, económicas e sociais de então, conclui-se que, por um lado, o constitucionalismo já não se coaduna e nem se satisfaz só com a estrutura do espaço jurídico estatal (nacional) e sua ordem jurídica. Por outro lado, o Direito Internacional não está mais limitado às questões conexas à grande política internacional.

O fenómeno da globalização emergente criou um desafio ao Direito Internacional quanto a ideia de uma sincronização pluralista e policêntrica do Direito que pudesse respeitar a diversidade ou a especificidade jurídica, dentro do pluralismo jurídico global. A ideia de Direito Internacional de então entrou em crise por não conseguir a unidade e a coesão dentro do sistema jurídico global.

Esta crise impulsionada pela força policêntrica da globalização ditou a diversificação e a expansão do Direito Internacional. Esta diversificação impôs a constituição e fortalecimento de vários regimes jurídicos internacionais autónomos, a multiplicação de órgãos de resolução de conflitos internacionais e a emergência de uma nova configuração normativa.

Com o surgimento de novas instâncias de produção jurídica internacionais e globais, o debate sobre a internacionalização do Direito impõe-se como uma necessidade urgente, no âmbito do processo de globalização e do pluralismo jurídico global.

O grande debate, hoje, sobre esta temática, descentrou-se do Direito Internacional Geral e coloca-se no âmbito da nova ordem jurídica internacional global. O debate sobre a internacionalização do Direito tomou duas vertentes: uma sobre o protagonismo das

novas instâncias de produção jurídica internacionais e globais autónomas e a sua influência na construção do ordenamento jurídico internacional global. Outra vertente é a dos blocos económicos e políticos regionais e das organizações e instituições de ajuda humanitária e de desenvolvimento sob o mesmo prisma.

Este debate vem fazer ressurgir o velho ou o novo problema da interacção entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional na nova ordem jurídica internacional global, ou seja, o problema da internacionalização do Direito nacional.

Constata-se que algumas normas internacionais emanadas de instâncias de produção jurídica internacional autónomas, no âmbito da globalização hegemónica, são impostas directamente aos cidadãos e Estados, às vezes sem o conhecimento destes, da sua existência.

A acção destas instâncias ou agentes pode ser considerada como um fenómeno bloqueante e destrutivo dentro das ordens jurídicas nacionais? Estas normas são impostas aos cidadãos e aos Estados não só como estratégias ou meios de operacionalização de fluxos, para o sucesso do processo de globalização e do desenvolvimento económico, mas também, às vezes, para fins pouco claros e dentro de interesses económicos difusos.

Com a entrada em acção dos novos regimes jurídicos internacionais, o relacionamento com o Direito nacional descentalizou-se, criando assim um policentrismo, onde cada regime procura chamar a si a centralidade.

Este fenómeno tem gerado conflitos dentro do Direito nacional e entre os vários regimes jurídicos. Constata-se que cada regime jurídico possui as suas regras específicas de internacionalização do Direito.

O Direito nacional face a esta diversidade deve atender às várias regras distintas e as vezes contraditórias. Vezes há em que a mesma matéria fica sujeita a mais de uma internacionalização por regimes jurídicos diferentes e através de regras distintas para o efeito.

A proliferação de vários regimes e agentes na internacionalização do Direito tem fragilizado as políticas e as medidas de protecção e de produção normativa nos Estados periféricos por causa da sobreposição e complexidade do fenómeno.

Nesta nova ordem jurídica global, infelizmente, assiste-se o fenómeno da hegemonia legislativa internacional protagonizada pelas grandes potências face aos imperativos da globalização.

Este fenómeno insólito, vivido na sociedade global, tem traduzido em práticas anti-constitucionais e anti-democráticas na criação e internacionalização do Direito nos países periféricos.

O estudo parte da análise da relação entre o Direito Internacional e a Constituição de Moçambique e retorna ao debate sobre o problema da relação entre o Direito Internacional e o Direito Nacional, no âmbito da nova ordem jurídica internacional global.

Palavras-chave: 1. Direito Internacional. 2. Pluralismo Jurídico. 3. Direito Nacional. 4. Globalização. 5. Constituição de Moçambique.

ABSTRACT

The study analyzes the "International Law and the constitution of Mozambique: Consensus and dissent in the light of the Global Legal pluralism". This reflective analysis will converge in the problem of the internationalization of law in contemporary society, i.e., the interaction between International Law and the Constitutional Law in the light of the global legal pluralism.

After reflecting on past political, economic and social changes, it is concluded that, on the one hand, constitutionalism is neither limited nor satisfied only with the structure of the state legal space (national) and its legal order. On the other hand, International Law is no longer limited to issues related to global international policy.

The phenomenon of emerging globalization has created a challenge to the international law as to the idea of a pluralist synchronization and polycentric notion of Law that could respect the legal diversity or legal specificity, within the global Legal Pluralism. The older idea of International Law entered into crisis for not having achieved the unity and cohesion within the global legal system.

This crisis driven by the polycentric force of globalization dictated the diversification and the expansion of international law. This diversification has imposed the constitution and strengthening of various autonomous international legal regimes, the multiplication of organs of international conflicts resolution and the emergence of a new normative configuration.

With the emergence of new instances of international and global legal production, the debate on the internationalization of Law imposes itself as an urgent need, in the framework of the globalization process and the global legal pluralism.

The great debate today, on this theme, departed from general International Law and is set in the context of the new global international legal order. The debate on the internationalization of law took two aspects: one on the protagonism of new instances of autonomous global and international legal production and its influence in the construction of the global international legal order. Another aspect is that of regional economic and

political blocks and of organizations and institutions of humanitarian aid and development, under the same prism.

This debate brings back the old or new problem of interaction between International Law and the Constitutional Law in the new global international legal order, i.e., the problem of internationalization of national law.

In fact, some international rules emanating from autonomous international legal production organs, within the framework of hegemonic globalization, are imposed directly to citizens and States, sometimes without knowledge of such rules, or of its existence.

The action of these organs or agents can be considered as a latching and destructive phenomenon within the national legal orders? These rules are imposed on citizens and States not only as strategies or means of operationalization of flows, for the success of the process of globalization and economic development, but also, sometimes, for unclear purposes and within wide range economic interests.

With the introduction of the new international legal regimes, the relationship with National Law has decentralized, thus creating a polycentrism, where each regime seeks to draw to itself the protagonism.

This phenomenon has created conflicts within National Law and between the various legal systems. It is noted that each legal regime has its specific rules of internationalization of law.

The National Law, in the face of this diversity, must meet several distinct rules and sometimes contradictory. There are times when the same matter is subject to various internationalizations by different legal regimes and through distinct rules to that effect.

The proliferation of various regimes and agents in the internationalization of Law has weakened the policies and measures of protection and rule production in peripheral States because of the overlap and complexity of the phenomenon.

In this new global legal order, unfortunately, we are witnessing the phenomenon of international legislative hegemony led by the major powers with regard to the demands of globalisation.

This unusual phenomenon, lived in the global society, is translated into anti-constitutional and anti-democratic practices in the creation and internationalization of law in peripheral countries.

The study starts from the analysis of the relationship between international law and the constitution of Mozambique and returns to the debate on the problem of the relationship between International and National Law, in the framework of the new global international legal order.

Keywords: 1. International Law. 2. Legal pluralism. 3. National law. 4. Globalisation. 5. Constitution of Mozambique.

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do Tema

O pluralismo jurídico global constitui um fenómeno emergente dentro da sociedade contemporânea. Este fenómeno “plural” é coevo da própria socialização humana e faz parte da própria essência do homem.

Esta realidade intrínseca ao homem esteve sempre presente na sua convivência e no seu relacionamento com o outro: “o ser plural ou o ser multifacetado”. Muito embora a riqueza humana esteja na sua diferença, esta riqueza tem sido, às vezes, motivo de constrangimentos e problemas de coexistência dentro da sociedade.

A Antropologia e a Sociologia, muito cedo, se preocuparam em desvendar esta forma de ser e estar do homem na sociedade. O Direito como uma realidade social e humana surge para estabelecer a interacção entre as várias formas e manifestações de ser e estar plurais do homem na sociedade.

O fenómeno “pluralismo” inicia com a reflexão sobre a etnicidade, passando pelo multiculturalismo e desembocando no pluralismo jurídico. Este fenómeno jurídico – pluralismo jurídico – atravessou várias fases evolutivas na história do Direito, desde o infra-estatal, intra-estatal, supra-estatal, transnacional, internacional e internacional global.

A reflexão sobre o pluralismo jurídico global, embora actual, não é uma temática nova no Direito Internacional. Por causa da sua pluralidade, a ciência jurídica dividiu-o dentro de cinco temas principais, a saber: o pluralismo jurídico internacional; o pluralismo no âmbito dos direitos humanos; o pluralismo das ordens jurídicas autónomas, privadas e não-oficiais; o pluralismo no âmbito das *networks* governamentais e não-governamentais e transnacionais; o pluralismo dentro dos movimentos migratórios.

O tema objecto do nosso estudo, intitulado “*Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: encontro e desencontro à luz do Pluralismo Jurídico Global*”, não visa estudar os cinco temas inerentes ao pluralismo jurídico global. Para aqueles temas já existem vários estudos e com uma vasta literatura como vamos poder mostrar na revisão bibliográfica.

O tema objecto deste estudo visa, à luz do pluralismo jurídico global, apurar como a Constituição de Moçambique têm-se relacionado com o Direito Internacional. É um tema circunscrito ao Direito Moçambicano com contornos internacionais.

Esta temática, dentro da ciência jurídica, enquadra-se dentro da interdisciplinaridade, situando-se na fronteira entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.

A emergência da globalização económica impulsionada pelas políticas neo-liberais da economia do mercado criou uma nova ordem jurídica internacional global.

A dinâmica desta nova ordem ditou na arena internacional um pluralismo policêntrico onde o Direito Internacional deixou de estar limitado às questões conexas à grande política internacional.

Esta evolução e desenvolvimento do Direito Internacional permitiram a expansão e a especialização do Direito Internacional Geral. Este fenómeno deu origem aos novos actores de produção normativa autónomos e privados.

No âmbito da globalização económica e de acordo com a reconfiguração promovida pela expansão e especialização do Direito Internacional, nos últimos tempos, têm-se constatado que diversas esferas da vida dos cidadãos têm estado a sofrer implicações directas e indirectas de regras emanadas de instâncias de produção jurídica internacionais e global.

Num mundo dominado pela globalização e pelas integrações internacionais e regionais políticas, económicas e jurídicas, o Direito Internacional directa ou indirectamente tem estado a impor-se dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Os encontros e desencontros do Direito Internacional e a Constituição de Moçambique à luz do pluralismo jurídico global visa apurar como a produção jurídica

internacional e global têm-se relacionado com o Direito Moçambicano e quais são as implicações directas e indirectas destes encontros e desencontros.

A temática sobre a relação entre o Direito Internacional e a Constituição de Moçambique, para o seu enquadramento e a sua percepção à luz do pluralismo jurídico global, requereu uma análise sucinta dos conceitos, assim como a caracterização do pluralismo jurídico e do Direito Internacional nas suas diversas vertentes e etapas evolutivas. Esta análise permitiu um enfoque multifacetado de apreciação do Direito Moçambicano dentro de três perspectivas: perspectiva do Direito Constitucional; perspectiva do Direito Internacional e; perspectiva do Direito da Integração Regional.

A relação entre o Direito Internacional e Direito Nacional constitui uma problemática de inegável relevância prática, no mundo dominado pela globalização hegemónica e dentro da nova ordem jurídica internacional global.

2. Justificação da escolha do Tema

“O Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: encontro e desencontro à luz do Pluralismo Jurídico Global” é o culminar de uma série de reflexões e estudos sobre o pluralismo, a globalização e a construção do Direito num espaço jurídico plural e complexo.

Esta ânsia reflexiva sobre este fenómeno jurídico inicia com o estudo sobre *“Minorias Étnicas e Direito Cultural nos Países em Desenvolvimento”*, aquilo que viria a ser a dissertação do seu Mestrado em Direito.

Depois, na primeira fase do seu Doutoramento em Direito continuou com outras vertentes da mesma reflexão, sobre a *“Europeização Indirecta da Constituição Moçambicana”*, a *“Legitimação Democrática da Legalidade Jurídico-Penal na União Europeia”* e o *“Espaço Jurídico Global Refractário ao Espaço Jurídico Nacional”*.

Constrangido com o fenómeno da criação do Direito Colonial num País multicultural, Moçambique, com a edificação de um Estado Marxista-Leninista e hoje

com a criação de um Estado de Direito Democrático, para entender os pressupostos das várias críticas internas e externas, primeiro contra o modelo da economia socialista, segundo contra o modelo da economia neo-liberal, imperialista e neo-colonial na criação do Direito nos países periféricos.

Dentro desta problemática, eis que emerge um novo desafio sobre a relação entre o Direito Internacional e a Constituição de Moçambique.

Este desafio inicia com uma inquietação que afecta os cidadãos moçambicanos quanto às normas da ajuda humanitária de desenvolvimento, impostas pelas organizações e instituições doadoras ou sujeitos de Direito Internacional.

Neste desafio, a reflexão visa entender como actuam estas normas em relação a um Direito democrático em construção nos Estados receptores ou beneficiários da ajuda humanitária de desenvolvimento, tendo, como exemplo, o caso de Moçambique.

Esta reflexão sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Nacional não é nova, remonta aos anos sessenta e setenta, aquando das primeiras independências das colónias, quando os países em desenvolvimento agiam hostilmente contra as Sociedades Transnacionais que eram consideradas agentes do imperialismo e meio de dominação da “periferia” pelo “centro” do sistema económico.

Dentro desta temática, pode-se observar escritos críticos contra as Instituições de Bretton Woods (IBWs), o Banco Mundial (WB) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), tais como, por exemplo, para o caso de Moçambique: *“Paz sem benefícios: como o FMI bloqueia a reconstrução de Moçambique”*¹, *“The wealth and poverty of nations: why some are so rich and some so poor”*², *“Moçambique em transição: um estudo da história de desenvolvimento durante o período 1974-1992”*³.

Perante estas e outras reflexões críticas sobre o desenvolvimento político e económico, constatou-se a existência de um vazio no tocante a um estudo sobre o Direito

¹ HANLON, Joseph, 1996, Paz sem benefícios: como o FMI bloqueia a reconstrução de Moçambique, Maputo, Imprensa Universitária.

² LANDES, David S. (1999), *The wealth and poverty of nations: why some are so rich and some so poor*, New York, Norton.

³ ABRAHAMSSON, Hans e NILSSON, Anders (1994), *Moçambique em Transição: um estudo da história de desenvolvimento durante o período 1974-1992*, Maputo, Padrigu.

Internacional e a Constituição de Moçambique que pudesse apurar o grau e a intensidade da relação de encontro e desencontro à luz do pluralismo jurídico global.

3. Objectivos

Pretende-se com o estudo sobre *“Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: encontro e desencontro à luz do Pluralismo Jurídico Global”*, alcançar os seguintes objectivos gerais e específicos:

3.1. Objectivos gerais:

- a) apurar como o Direito Internacional está a relacionar-se com o Direito Moçambicano e quais são as implicações directas e indirectas deste encontro e desencontro à luz do pluralismo jurídico global;
- b) descobrir uma forma ou um modelo de relacionamento cooperativo entre as instâncias de produção jurídica internacionais e globais com o Direito Moçambicano.

3.1. Objectivos específicos:

- a) aferir se os fundamentos do poder da actuação internacional de Moçambique traduzidos nos seus diplomas legais, emanam da sua Constituição;
- b) perceber se a vinculação internacional de Moçambique é regulada simultaneamente por normas de Direito Nacional e de Direito Internacional;

- c) perceber se a assunção de um compromisso internacional por Moçambique é o resultado da sua decisão voluntária, individual e autónoma e em conformidade com o seu Direito Internacional;
- d) perceber a racionalidade das normas internacionais de ajuda humanitária e de desenvolvimento como fonte de Direito Internacional na produção legislativa interna;
- e) descobrir no contexto da globalização, como as normas produzidas pelas instituições transnacionais, actores privados, *networks* e multinacionais podem exercer uma influência visível ou invisível na regulamentação interna de Moçambique;
- f) identificar as normas da ajuda humanitária e de desenvolvimento que através das reformas legislativas estão a ser incorporadas através de diplomas legislativos no Direito Moçambicano;
- g) aferir como as normas emanadas de instâncias de produção jurídica internacionais e globais que entram de uma forma directa ou indirecta fragmentam ou fragilizam o Direito Moçambicano;
- h) sugerir um quadro jurídico de *acoplamentos estruturais e operativos*, entre o Direito Internacional e o Direito Nacional que reduza o impacto negativo da hegemonia do Direito Internacional e que vai ao encontro dos valores constitucionais inalienáveis e imprescritíveis à protecção dos bens jurídicos nacionais e supranacionais.

4. Métodos e técnicas do Trabalho

A metodologia de pesquisa científica e da elaboração desta tese circunscreveu-se dentro dos métodos e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, assim como de pesquisa de levantamento nos casos aplicáveis.

As regras ou princípios gerais do método subjacentes a este trabalho seguiram os procedimentos apontados por Umberto Eco – *como se faz uma tese* – e por António Manuel Hespanha – *como preparar uma dissertação*.

No primeiro momento, fez-se uma revisão bibliográfica sobre os assuntos pertinentes ao tema, tais como pluralismo jurídico, globalização, Direito Nacional, Direito Internacional, constitucionalismo, transconstitucionalismo e democracia.

Depois, seguiu-se um levantamento do quadro jurídico e institucional, quer nacional, quer internacional relacionado com o tema e que constitui o enfoque deste estudo. Esta análise incluiu a legislação nacional e internacional aplicável em vigor e revogada.

No caso do ordenamento jurídico moçambicano, fez-se a consulta da então legislação do Direito Ultramarino Português, Boletins da República desde 7 de Setembro de 1974 (o Acordo de Lusaka), passando pela Primeira República (1975 – 1989) até a actual, a Segunda República, que inicia com a Constituição de 1990 e de 2004, até aos dias de hoje, sendo o marco deste estudo Setembro de 2015.

A nível internacional e institucional fez-se a consulta de instrumentos e documentos das Instituições e Organizações afins, disponíveis no banco de dados dos seus *links* ou *Web*, no âmbito da política internacional de boa governança e de transparência informativa.

Na fase derradeira da pesquisa recorreu-se a contactos e entrevistas com os coordenadores das unidades técnicas das reformas legislativas e especialistas interventivos na elaboração dos diplomas legais, consultores jurídicos internacionais e nacionais, governamentais e ou privados, *stakeholders* envolvidos nas operações de ajuda humanitária e cooperação ao desenvolvimento em Moçambique.

Por se tratar de um tema complexo e de divergências doutrinárias, a discussão da tese foi desenvolvida dentro de uma dialéctica ascendente e descendente, tendo primado pela exposição das ideias ou paradigmas doutrinários (teses), para depois discutir o assunto a partir dos resultados da pesquisa ou referências concretas as normas internacionais integrados na legislação jurídica moçambicana.

A partir das considerações dos pontos de vista contrários ou divergentes resultantes da pesquisa, apresenta-se as críticas e as posições próprias argumentadas e fundamentadas, assim como as conclusões, deixando para as notas a indicação das fontes, algumas disposições e comentários que julgamos ser complementares.

5. Estrutura e Conteúdo do Trabalho

O presente trabalho está estruturado em duas partes e composto por sete capítulos. A Parte I versa sobre Direito Constitucional Internacional e o Pluralismo Jurídico, composta por quatro capítulos de revisão bibliográfica, no âmbito do pluralismo jurídico e globalização.

A Parte II apresenta o estudo sobre Direito Constitucional Internacional de Moçambique, composto por três capítulos.

O Capítulo I faz uma reflexão crítica dentro da revisão bibliográfica sobre a evolução do pluralismo jurídico geral. Este inicia com a caracterização do pluralismo étnico e sócio-antropológico, entra nas três variantes da manifestação do pluralismo, a saber:

- i) Pluralismo jurídico em contextos coloniais;
- ii) Pluralismo jurídico em contextos pós-coloniais;
- iii) Pluralismo jurídico e a nova ordem jurídica global.

Dentro desta temática, como variante entra no realismo de Herbert L. Hart através da sua construção jurídico-teórica aplicável ao pluralismo jurídico e as ordens jurídicas plurais.

O estudo apresenta-se dentro de uma reflexão flutuante em volta dos desafios impostos pela globalização ou mundialização do Direito – a des-espacialização do nosso viver e do Direito – assistindo-se à necessidade da construção de um espaço jurídico global dentro de uma ordem que se pretenda plural sem suprimir os espaços jurídicos emergentes e que responda à complexidade jurídica do mundo global.

O Capítulo II aborda o debate sobre a globalização e os Estados pós-nacionais. Discute a ideia do Estado/nação e mostra a sua incapacidade de suprir os anseios da humanidade. A globalização hegemónica surge como um novo paradigma, ou seja, cria uma nova lógica jurídica contrária à da teoria do Direito clássico.

O Capítulo III retrata a emergência das ordens jurídicas internacionais e o Direito Internacional Global. Mostra como a convergência de factores no campo social, político e económico impulsionadas pela força hegemónica da globalização fragmentou o Direito Internacional e ditou uma nova ordem jurídica internacional.

Esta fragmentação e mudança de paradigmas foram desencadeadas através da constituição e fortalecimento de vários regimes jurídicos internacionais autónomos, a multiplicação de órgãos de solução de conflitos internacionais e uma nova reconfiguração normativa.

Esta nova relação jurídica internacional constitui um desafio à ideia do Direito Internacional Geral e reduz o espaço ou seja o fórum internacional dos sujeitos de Direito Internacional de então - os Estados.

O Capítulo IV aborda a emergência dos novos actores ou sujeitos de direito internacional. A emergência e a difusão da nova configuração normativa cujo pressuposto é a ideia ou o conceito de *lex specialis* abriram o espaço à multiplicação dos novos regimes jurídicos internacionais autónomos.

Partindo da lógica da especialização, faz-se uma aproximação dos vários regimes autónomos, tais como: a *Lex Mercatória*; o Direito Internacional dos Direitos Humanos; o Direito Internacional Humanitário; o Direito Internacional dos Refugiados; o Direito Internacional do Desenvolvimento; o Direito de Integração Regional; o Direito Internacional Penal.

Desta aproximação, faz-se uma reflexão crítica em volta dos desafios que esta nova configuração jurídica e normativa impôs ao Direito Internacional Geral e aos Direitos Nacionais.

O Capítulo V contextualiza a temática da segunda parte do trabalho – *Direito Constitucional Internacional de Moçambique* – e aborda a relevância do Direito Internacional no Direito Nacional.

Este capítulo caracteriza a relação entre o Direito Internacional e o Direito Nacional e mostra como o clássico problema entre o dualismo e o monismo quanto à ideia do Direito ficou superado com o desenvolvimento do Direito Internacional. Não obstante, mostra os desafios que se colocam a esta relação por causa da hegemonia da globalização económica.

Esta hegemonia faz transparecer os benefícios ou malefícios da globalização que acabam por renacionalizar o Direito Nacional quando as normas emanadas de agentes transnacionais e *networks* substituem directa ou indirectamente as normas internas dos Estados.

O Capítulo VI aborda o Direito Internacional na Constituição Moçambicana. Este capítulo pode ser considerado o central nesta segunda parte do trabalho, visto que vai trazer os resultados do estudo sobre a situação substantiva e material das normas internacionais acolhidas no ordenamento jurídico moçambicano.

Ao aproximar o Direito Internacional e a Constituição de Moçambique, procurou-se aferir o grau e a intensidade do encontro e desencontro entre o Direito Internacional e o Direito Nacional. Para o efeito, começou-se por caracterizar as três Constituições de Moçambique, de 1975, 1990 e a de 2004 respectivamente, quanto à Política Externa e ao Direito Internacional.

Na temática sobre a incorporação e validade do Direito Internacional, no ordenamento jurídico moçambicano, mostra-se as fontes e as vias de entrada de normas internacionais, a sua hierarquia interna e as contradições e incoerências dos mecanismos internos de incorporação.

O Capítulo VII, intitulado “*Para uma Ideia do Direito Constitucional e Internacional na Nova Ordem Jurídica Global*”, faz uma sùmula sobre os desafios da internacionalização e da constitucionalização do Direito na sociedade internacional global.

Este capítulo mostra as preocupações da comunidade internacional quanto à fragmentação do Direito Internacional ditada pela nova ordem jurídica internacional. Equaciona a crise instalada pelo surgimento de novos regimes internacionais autónomos (*self-contained regimes*), da multiplicação de órgãos de resolução de conflitos internacionais (tribunais e órgãos quase judiciais, autónomos, privados, *networks*) e da nova configuração normativa, o Direito flexível ou Programático (*soft law*).

A partir da crise discute o problema do paradigma vigente apontando para o novo paradigma as soluções no âmbito da lógica da nova ordem jurídica internacional global.

PARTE I – O Direito Internacional e o Pluralismo Jurídico

Capítulo I – O Pluralismo Jurídico em Geral

1.1. Considerações Preliminares sobre o Pluralismo Jurídico

O pluralismo jurídico é um fenómeno intrínseco à organização sócio-jurídica dos povos. Este fenómeno foi definido como “*a coexistência de ordens jurídicas diversas no seio do mesmo ordenamento jurídico*”⁴.

Esta caracterização do conceito do pluralismo jurídico remonta da Idade Média aquando da romanização dos direitos dos povos europeus. O fenómeno de recepção do Direito Romano pelos povos europeus não foi pacífico. Houve ao longo da História do Direito um contraste da pretensa onipotência do Direito Romano sobre as ordens jurídicas dos povos europeus⁵.

Nesta mesma época vários outros marcos de pluralismo jurídico floresceram sob vários contextos políticos e civilizacionais. Para além da manifestação comum do pluralismo que passou pela multiplicidade de normas no mesmo território⁶, constatou-se um predomínio de vários tribunais ou fórum judiciais de acordo com o estatuto dos indivíduos na sociedade, assim como das matérias em jogo.

Este fenómeno ditou, por exemplo, a instituição dos tribunais eclesiásticos – Direito Canónico – vocacionados para assuntos clericais e que lidavam exclusivamente com matérias sobre o casamento e sucessões. No fórum comercial, destaca-se a *lex mercatoria* – para os mercadores e comerciantes⁷.

⁴ HESPANHA, António Manuel (1997) Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia, Publicações Europa América, Portugal, p. 92.

⁵ Trata-se precisamente do domínio do direito das pessoas e dos direitos patrimoniais, de acordo com o conspecto feito por António Manuel Hespanha, in Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia, op. cit. p.90.

⁶ Deu-se a coexistência de várias normas jurídicas, tais como: costumes locais, Direito Costumeiro geral alemão, direito feudal, *lex mercatória*, Direito Canónico, Direito Romano revisto. Vide, TAMANAHA, Brian Z (2008) “*Understanding Legal Pluralism: Past to Present, local do Global*”, in Sydney Law Review, Vol. 30, p. 377.

⁷TAMANAHA, Brian Z (2008) “*Understanding Legal Pluralism: Past to Present, local do Global*”..., op. cit. p. 377.

De acordo com a classificação de Marcelo Neves, o pluralismo jurídico manifesta-se dentro de quatro variantes: o pluralismo institucionalista; o pluralismo antropológico; o pluralismo sociológico; e o pluralismo pós-moderno⁸.

A classificação didáctica do pluralismo jurídico é feita de acordo com os períodos da sua evolução e desenvolvimento: o pluralismo jurídico “clássico”, aquele que emergiu e desenvolveu-se no período e contexto colonial e pós-colonial, e o pluralismo jurídico moderno, aquele que surgiu dentro das sociedades capitalistas.

O fenómeno emergente da nova ordem jurídica da sociedade mundial – a globalização – fez do pluralismo jurídico um tema, um objecto e uma matéria de grande interesse e muita importância para os grandes estudiosos de então⁹.

Este fenómeno deu lugar a emergência do pluralismo jurídico global, caracterizado pela coexistência entre ordens jurídicas locais, nacionais, transnacionais e supra-estatais¹⁰.

Brian Z. Tamanaha, ao caracterizar o fenómeno do pluralismo jurídico, na sociedade global, identifica a coexistência de seis principais ordens jurídicas ou sistemas normativos, a saber: i) o sistema jurídico oficial; ii) o sistema normativo cultural - costumeiro; iii) o sistema normativo cultural - religioso; iv) o sistema normativo capitalista - económico; v) o sistema normativo funcional; vi) o sistema normativo cultural – comunitário¹¹.

Gunther Teubner, um dos mais influentes teóricos do pluralismo jurídico em contexto global, entende que o Direito já não é gerado pelos Estados, mas auto cria-se a si

⁸ NEVES, Marcelo, Do Pluralismo Jurídico à miscelânea social: O problema da falta da identidade das esferas de juridicidade periférica e suas implicações na América Latina, in *Direito e Sociedade*, 29 de Maio de 2010, in <http://direitofpr2.blogst.com/2010/05/direito-e-sociedade-texto-do-pluralismo.html>

⁹ De entre outros estudiosos na matéria pode-se destacar: Macaulay, 1983; Griffiths, 1986; Merry, 1988, 1992; Benda-Beckmann, 1988, 1991, 2001, 2007; Teubner, 1992; Gessner; Anders, 2003; Tamanaha, 1993, 2008, Twining, 2009, 2010, Santos, 2002, Hespanha, 1997, 2006; Neves, 2009.

¹⁰ Para esta caracterização veja SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, in *Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique*, Edições Afrontamento, Porto, p. 55 e HESPANHA, António (1999) *O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ª Edição, reelaborada, Almedina, Coimbra, p. 28.

¹¹ TAMANAHA, Brian Z (2008) “*Understanding Legal Pluralism: Past to Present, local do Global*”..., op. cit. p. 397.

mesmo. Portanto, o centro legislativo transferiu-se dos Estados para a periferia dos actores transnacionais¹².

John Griffith, dentro da mesma linha, considera o pluralismo jurídico como atributo da esfera social e não do Direito e nem do sistema jurídico¹³.

O pluralismo jurídico, de acordo com a sua emergência e a dinâmica crescente ao longo da História do Direito, tornou-se hoje um conceito polissémico e fonte de clivagens interdisciplinar.

Embora o fenómeno do pluralismo jurídico não seja novo, a sua conceptualização e caracterização começou a ganhar atenção com os estudos da antropologia jurídica nos anos setenta do século XX. Dez anos mais tarde, o fenómeno do pluralismo jurídico estende-se para os estudos sócio-jurídicos por se entender que o Direito para além de ser um fenómeno jurídico é uma realidade eminentemente humana e social.

Boaventura de Sousa Santos, nesta relação ou interação dialéctica entre o Direito e a sociedade, coloca no conceito de pluralismo jurídico atributo conceptual chave na visão do Direito dentro da pós-modernidade¹⁴. De acordo com o autor, as sociedades pós-modernas são, em termos sócio-jurídicas, constelações jurídicas e circulam nelas não um mas vários sistemas jurídicos e judiciais¹⁵.

O conceito de pluralismo jurídico nos estudos sócio-jurídicos ganhou uma popularidade e expandiu-se para vários ramos das ciências jurídicas, por exemplo, Direito Comparado, Ciências Jurídico-Políticas, Direito Internacional (Económico, Penal, Humanitário, Humano e Regional), Filosofia do Direito, etc.¹⁶

¹² TEUBNER, Gunther (1996) *Global Bukowina: legal pluralism in the world society*, in *Global Law Without a State*, ed. G Teubner, Dartmouth, Althenshot 1997, 3-28, in http://www.jura.unifrankfurt.de/42852872/Bukowina_english.pdf, acedido no dia 20.01.15.

¹³ GRIFFITHS, John, "What is legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, No. 24, (1986), p.38, in <http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/24/griffiths-art.pdf>, acedido no dia 20.01.15

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa (1987) *Law: A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law*. 1987, *Journal of Law and Society*, No 14, p. 379.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico...* op. cit. pp. 48 e 52.

¹⁶ TAMANAHA, Brian Z. (2008) *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*. Sydney Law Rev. 30, p. 390.

A expansão e o desenvolvimento do fenómeno do pluralismo jurídico tem contribuído para a percepção e caracterização do Direito na pós-modernidade. Todavia, estes ganhos têm sido nublados com fortes clivagens no âmbito académico quanto à sua definição e a sua abrangência.

De facto, olhando para a expansão e evolução desta temática nas ciências afins, cada área do saber vê e interpreta este fenómeno usando as suas próprias ferramentas e dentro da sua visão e abordagem específica.

Portanto, constata-se que, perante o mesmo objecto, várias designações ou caracterizações são atribuídas a este fenómeno: pluralismo jurídico; pluralismo de normas ou regras; pluralidade de espaços jurídicos, pluralismo de ordens jurídicas e outras.

Simon Roberts, ao reconhecer os ganhos que o pluralismo jurídico trouxe à contemporaneidade, dada a sua expansão e coexistência, destaca algumas clivagens sobre esta temática, apontando o ressurgimento de problemas que outrora ensombraram a percepção deste fenómeno, por exemplo, quanto a conceptualização, a saber:

- i) o retorno agonizante do problema sobre a definição do pluralismo jurídico;
- ii) o problema da conceptualização das pluralidades entre as valências, “esfera/domínio/ordem/discurso/sistema” geradas pela coexistência destas no espaço social;
- iii) a falta de uma reflexão comparativa genuína sobre o pluralismo jurídico¹⁷.

O problema do pluralismo jurídico como conceito científico emerge aquando do desenvolvimento do positivismo jurídico que reduziu o Direito a uma pura “voz de comando” cuja fonte legitimadora era o soberano, *grundnorm* ou regras de reconhecimentos.

¹⁷ ROBERTS, Simon, *Against legal pluralism – some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain*, Journal of Legal Pluralism, No.42, 1998, p.97.

O positivismo jurídico impôs uma filosofia política que culminou com a hegemonia do Estado constitucional liberal, onde o Direito passou a ser o Direito do Estado ou propriedade exclusiva deste.

Esta posição positivista do Direito que venceu nos séculos XIX e XX, encontrou uma reação contrária, através do movimento anti-positivista cujos pressupostos empíricos estavam alicerçados nos estudos da sociologia e antropologia jurídica.

Eugénio Ehrlich, em oposição à visão hegemónica do exclusivismo jurídico do Estado, desloca a fonte legitimadora do Direito para a sociedade. De acordo com este autor, “*o centro de gravidade do desenvolvimento do Direito na nossa como em todas as épocas, não reside nem na legislação nem na ciência jurídica ou na jurisprudência, mas na própria sociedade*”¹⁸.

Esta posição que coloca o centro do Direito na sociedade, contrapondo à teoria positivista, lança-nos para o problema de definição, ou seja, do que se deve entender por Direito.

Várias foram as definições produzidas em volta do conceito de Direito, na tentativa de uma aproximação sobre a problemática do pluralismo jurídico. Das definições apresentadas neste âmbito destaca-se, por exemplo, a definição antropológica do Direito legada por Bronislaw Malinowski que define o Direito referindo que “*is the specific result of the configuration of obligations, which makes it impossible for the native to shirk his responsibility without suffering for it in the future*”¹⁹.

John Griffith, por seu lado, define o Direito como “*the self-regulation of a semi-autonomous social field*”²⁰. Não obstante, a teoria positivista entende que o Direito é um

¹⁸ EHRLICH, Eugen (1986) Fundamentos da Sociologia do Direito, Brasília, Editora Universidade de Brasília, p.28.

¹⁹ MALINOWSKI, Bronislaw (1926) *Crime and Custom in Savage Society*, Harcourt, Brace and Company, INC, London, p.59. O autor define Direito Civil como “... *a body of a binding obligation, regarded as a right by one party and acknowledged as the duty by the other, kept on force by a mechanism of reciprocity and publicity inherent in the structure of their society*”, *supra* .p. 58

²⁰ Griffiths, J. (1986) ‘What is legal pluralism?’, *Journal of Legal Pluralism*, 24, p.38.

conjunto de proposições normativas hierarquicamente unificadas que dependem de um comando soberano²¹.

Boaventura de Sousa Santos, a este propósito, partindo da tradição sociológica e antropológica jurídicas e da filosofia do direito anti-positivista define o Direito como *“um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, com base nos quais uma terceira parte previne ou resolve litígios no seio de um grupo social”*²².

Portanto, da definição do conceito de Direito podia-se aferir, se o fenómeno sócio-jurídico de esferas sociais auto-reguladas constante na sociedade pode ou não ser designado científico e juridicamente por pluralismo jurídico.

Para o positivismo jurídico alicerçado na teoria jurídico-política liberal do estado moderno, só existe um único Direito e a unidade do Estado pressupõe a unidade do Direito.

Para os anti-positivistas, dentro da teoria realista do Direito, existem vários sistemas jurídicos e judiciais na sociedade ou seja a sociedade está estruturada em várias esferas sociais e cada uma compreende uma ordem jurídica.

De acordo com os posicionamentos teóricos sobre o conceito de Direito acima vinculadas, antagonicamente, não se vislumbra uma solução unânime sobre se existe ou não e o que é o pluralismo jurídico.

Não obstante, a verdade só é uma: existem na sociedade várias normas ou regras autónomas ou privadas de regulação de grupos, comunidades ou sociedades ao nível infra, intra, supra e transnacional.

Se estas normas ou regras devem ser designadas por Direito ou não e, se formam ordens jurídicas ou não, constitui um problema conceptual e de discussão teórica.

Várias sugestões ou aproximações foram apresentadas para se conseguir um consenso ou uma solução sobre este problema conceptual e da existência do pluralismo jurídico.

²¹ Sobre a teoria positivista destaca-se: HOBBS, Thomas (1651) *Leviathan*; AUSTIN, John (1832) *The Province of Jurisprudence Determined*; (KELSEN, Hans (1949) *Teoria Geral do Direito e do Estado*; HART, H. L. A. (1961) *The Concept of Law*. Vide, Griffiths, J. (1986) What is legal pluralism?, *Journal of Legal Pluralism*, 24, p.3.

²² SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico...* op. cit. p.50.

Brian Tamanaha, quanto ao conceito do Direito, parte do pressuposto de “*semi-autonomous social field*”, que reconhece nela a capacidade de produção e implementação das regras jurídicas. Estas regras de acordo com Brian Tamanaha geram na sociedade várias esferas e estas, por sua vez, várias ordens jurídicas. Conclui este autor que o pressuposto da esfera social seria o melhor critério para identificar ou delimitar o Direito na perspectiva do pluralismo jurídico²³.

Outras aproximações foram tomadas um tanto quanto na mesma linha, por exemplo, a posição de Marc Galanter que define o Direito como “*concrete patterns of social ordering to be found in the variety of institutional settings*”²⁴. Gordon R Woodman, por outra, depois de um profundo e excelente debate sobre o pluralismo jurídico, na sua obra “*Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism*” (1998), conclui que o Direito deve ou seja “*must be that law covers a continuum which runs from the clearest form of state law through to the vaguest forms of informal social control*”²⁵.

Brian Z Tamanaha, ao se posicionar sobre o problema, parte do credo do pluralismo jurídico de que o Estado não possui o monopólio do Direito. Existem várias ordens normativas na sociedade que não estão ligadas ao Estado e que apesar de tudo são Direito. Estas ordens jurídicas não estatais, que brotam e se desenvolvem dentro do sistema jurídico estatal exercem um controlo social, criam normas e através das suas instituições implementam-nas²⁶.

Esta realidade pode ser exemplificada pela presença hoje na sociedade de Direito Estadual, Direito Internacional clássico, Direito Comunitário ou de Integração Regional, Direito Transnacional, *lex mercatória*, *ius commune*, Direito Costumeiro, versões de

²³ TAMANAHA, Brian Z (2008) “*Understanding Legal Pluralism: Past to Present, local do Global*”... p. 393.

²⁴ GALANTER, Marc, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law* (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1 at 17–18.

²⁵ WOODMAN, Gordon R, ‘*Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism*’ (1998) 42 *Journal of Legal Pluralism* 21, P. 45

²⁶ TAMANAHA, Brian, *The Folly of the ‘Social Scientific - Concept of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society*, No.20, 1993, p. 193.

Direitos Religiosos, Direito Natural, Direito Tradicional, Direito dos grupos ou minorias étnicas, etc.

Esta constatação leva a admitir que o Direito positivo é só um tipo de ordem normativa ou regulatória. Assim, dentro desta lógica, pode-se concluir que todas as ordens normativas ou reguladoras são Direito.

Esta assupção levou alguns autores, de entre tantos pode-se destacar, John Griffiths (2005), Brian Z Tamanaha (2008) e Boaventura de Sousa Santos (2003), a questionarem-se do porquê que este fenómeno jurídico, assim caracterizado, não se designa por pluralismo normativo ou regulatório no lugar de pluralismo jurídico?

John Griffiths, a partir desta assupção conclui que a expressão pluralismo jurídico pode e deveria ser reconceptualizada, passando assim a ser designada por “*pluralismo normativo*” ou “*pluralismo dentro do controlo social*”²⁷.

John Griffiths, ao admitir esta caracterização, transpõe a barreira teórica e do paradigma clássico da imprescindibilidade da formulação do Direito dentro de uma categoria científica. Tendo em conta as várias manifestações do Direito dentro da sociedade, estas não partilham as mesmas características e não é possível encontrar um denominador comum ou uma unidade jurídica que permita categorizar ou definir o Direito.

Brian Z Tamanaha designa o Direito como “*folk concept*”, isto é, o Direito é aquilo que as pessoas dentro de um grupo social vêm e rotulam por Direito²⁸.

Neste contexto, Boaventura de Sousa Santos vai mais longe ao argumentar que esta conotação normativa pode induzir em erro, devendo, portanto, evitar-se. O autor vai buscar os exemplos trágicos vividos nos Estados colonias e do apartheid na África do Sul que enfermam um pluralismo normativo reacionário, discriminatório, segregacionista e racista²⁹ para sugerir, de preferência, a expressão “*pluralidade de ordens jurídicas*”, no

²⁷ GRIFFITHS, John, *The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology*, Current Legal Issues, No. 49, 8, 2005, pp. 63 e 64.

²⁸ TAMANHA, Brian Z (2008) “*Understanding Legal Pluralism: Past to Present, local do Global*”... p. 396.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico... op. cit. p.53.

lugar de pluralismo jurídico, sempre quando se pretende caracterizar questões tradicionalmente associadas a este fenómeno.

O problema da definição do pluralismo jurídico que desembocou no problema jurídico-filosófico sobre o conceito do Direito não encontrou ainda o seu desfecho.

Brian Z Tamanaha, perante este impasse sobre a definição do pluralismo jurídico, retrata-se admitindo que o conceito de pluralismo jurídico não é definível e nem necessário. O autor justifica a sua posição ao concluir que o conceito do pluralismo jurídico requer que a ordem ou o sistema jurídico seja claramente identificado.

Para o efeito, o conceito do Direito deve ser definido com toda a sua precisão. Não obstante, o pluralismo jurídico rejeita o conceito de Direito que se circunscreve ao Direito Estadual. Consequentemente, ao admitir-se o Direito não estadual entra-se para o campo oposto ou para a face oposta da moeda que consiste na impossibilidade de definir precisamente o Direito³⁰.

Portanto, ao se constatar, por um lado, a impossibilidade de definir o conceito de Direito que possa congrega os requisitos do pluralismo jurídico e, por outro lado, a existência de várias ordens jurídicas dentro do mesmo espaço constitui um facto. Daí que a solução não pode passar por uma simples abdicação, mas sim por uma requalificação destes dois conceitos.

De facto, ao encararmos esta realidade, percebe-se que estes conceitos evoluíram no tempo e no espaço. Pelo que, devem ser caracterizados e definidos dentro do novo paradigma da ordem jurídica mundial.

³⁰ TAMANAHA, Brian, *The Folly of the 'Social Scientific - Concept of Legal Pluralism...*op.cit. p. 193

1.2. Da Emergência e dos Desafios do Pluralismo Étnico e Sócio-Antropológico

A reflexão sobre a etnicidade no mundo contemporâneo entrou em voga e ganhou a centralidade nos estudos sócio-antropológicos. Para a Sociologia e Antropologia, a etnicidade é hoje um tema incontornável e tem sido uma das premissas na percepção do fenómeno sócio-antropológico.

O debate sobre a etnicidade desenvolveu-se e projectou-se dentro de três grandes vertentes: i) a natureza das relações étnicas; ii) o papel dos indivíduos no seu grupo; iii) as políticas nacionais e internacionais de protecção das identidades das diferentes etnias³¹.

O Direito como uma realidade social e humana é chamado para este debate sócio-antropológico dentro destas três vertentes. Na verdade, quando se fala de etnias, está-se perante grupos de pessoas culturais³² cujas características as diferenciam de outros grupos dentro do mesmo espaço social. Estes grupos culturais são atravessados por uma rede de relações humanas, sociais e jurídicas complexas e difusas.

Este fenómeno complexo e difuso leva-nos a um novo fenómeno caracterizado por um multiculturalismo, ou seja, por um pluralismo étnico cultural que apela ao pluralismo de ordens normativas ou jurídicas.

³¹ Adaptado de Thomas Hyllard Eriksen, <http://www.uio.no/~geirthe/ethnicity.html> , acedido no dia 30.12.2014.

³² Entre muitas definições da cultura a mais cotada dentro da Sociologia, Antropologia e Filosofia tem sido aquela proposta por Edward Taylor (1832-1917). Cultura pode ser definida como *“um todo complexo que envolve conhecimento, crença, arte, moral, direito, costume e outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”* in BARROS LARAIA, Roque, *Cultura um Conceito Antropológico*, 19ª Edição, Zahar Editor, Rio de Janeiro, in http://www.tokstok.com.br/premio/imagens/prof_eddy4.html , acedido no dia 10.10.2013. Entretanto, o Direito cultural como Direito Humano passou por várias etapas ou fases nos tratados internacionais e pode ser considerado como o pressuposto a partir do qual foram criadas todas as provisões das três gerações de direitos. O Direito cultural passa por direito individual, Direitos da minoria ou grupo até Direito de um povo. Três características distintas podem ser retiradas no conceito do direito cultural: primeiro, é reconhecido como direito de preservar e desenvolver a cultura; segundo, como direito relacionado com a identidade cultural; e finalmente, como o Direito de não imposição da outra cultura. Por outro lado, a evolução do Direito cultural trouxe nova concepção de direitos, os chamados direitos culturais da terceira geração, cujos instrumentos foram estabelecidos pela Declaração de Princípios Internacionais da Cooperação Cultural da UNESCO, Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Declaração da Argélia. Estes direitos podem ser designados por direitos de preservar e desenvolver a cultura; direitos das minorias sobre a identidade e herança cultural; o direito dos povos sobre a sua própria arte, história e cultura; direito ao usufruto.

O Direito, através da sua dimensão social e antropológica, entrou cedo neste debate com o intuito de responder a este fenómeno jurídico emergente. Todavia, ao longo da História, como se pode constatar, as respostas dadas pelo Direito a estes problemas estiveram aquém da evolução destas realidades sócio-jurídicas³³. O positivismo jurídico fez vista grossa a este fenómeno e realidade ao reconhecer a existência de um único espaço social – o Estado.

Este dogmatismo jurídico, ao fazer coincidir o espaço jurídico com o Estado, fechou a possibilidade natural e espontânea da criação das normas dentro dos grupos culturais. Não obstante, cedo, este dogmatismo jurídico foi superado pela própria dinâmica social e geopolítica mundial.

O Direito não podia excluir-se do fenómeno sócio-político emergente depois da Segunda Guerra Mundial.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, conseqüentemente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tão cedo despertaram o homem à razão e criaram uma nova consciência no cidadão e nos povos. Grande parte dos conflitos, depois da Segunda Guerra Mundial, é de origem étnica e circunscrevem-se a um mesmo espaço nacional.

Os conflitos que proliferam nos espaços nacionais caracterizam-se na sua maioria por guerras civis, tribais e de fundamentalismo religioso. O fenómeno mais preocupante que se assiste hoje nos espaços nacionais está relacionado com os conflitos pacíficos de reclamação, não só de uma identidade nacional³⁴ mas até de sexual dissidente.

Assiste-se hoje um novo fenómeno que é caracterizado pela resistência e secundarização do Direito estatal nas relações quotidianas quer quanto ao comércio, quer na resolução de conflitos de índole diversa.

³³ HESPANHA, António (1999) O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje, 2ª Edição, reelaborada, Almedina, Coimbra. p. 28.

³⁴ Podemos aqui, a título de exemplo, citar o conflito entre os *utus* e *tutsis*, a luta dos quebequianos no Canadá.

Este fenómeno não é novo, pode ser elucidado com a história mercantil na Idade Média, quando se constatava que certos territórios europeus tinham simultaneamente em curso diversas moedas, correspondendo a cada espaço social um espaço jurídico.

A etnicidade como um fenómeno jurídico ganhou uma nova vertente ao revestir-se de uma roupagem nova nas sociedades contemporâneas e globalizadas.

A etnicidade, hoje, deixa de ser caracterizada só pela componente cultural quando esta entra como forma alternativa de vida emergente dentro da sociedade liberal e globalizada.

Hoje, constata-se a existência não só de grupos culturais mas também de grupos particulares que não podem ser caracterizados só pela cultura, tais como: associações de índoles diversas, classes sociais, os movimentos feministas, categorias etárias, ecologistas, empresas, etc.

As sociedades são confrontadas com grupos de “*forma e volume muito diversos*” na linguagem de Carbonnier³⁵. Estes grupos criam as suas próprias normas de relacionamentos.

O debate instaurado pelo fenómeno da etnicidade multicultural gerou em pleno século XX um irracionalismo liberal que colocou em crise a unidade instaurada pelo racionalismo das codificações que outrora tinham suplantado o pluralismo da Idade Média.

Hoje, tornou-se irracional a tentativa de ofuscar o pluralismo étnico cultural. A tentativa neo-racionalista de restaurar a unidade do sistema jurídico através da criação de um novo sistema jurídico global afigura-se impossível e cai num ilogismo.

Pode-se constatar que o Direito, ao tentar racionalizar ou harmonizar as várias ordens jurídicas dentro de um sistema globalizado, deixa ficar de fora vários institutos não racionalizáveis.

A unidade na diversidade que se pretende instaurar está longe de ser alcançada, pelo facto de o diverso não poder ser qualificado como verdadeiro Direito e, na

³⁵ CARBONNIER, Jean (1979) Sociologia Jurídica, Livraria Almedina, Coimbra, p.211.

linguagem de Carbonnier, este só pode ser, quando muito, designado por “*sub-direito*”³⁶. Portanto, não se pode considerar o jurídico e o infra-jurídico como unidade na diversidade porque não são da mesma natureza e não se pode tratar de igual para igual e nem de diverso para diverso.

O racionalismo jurídico unificador que acabou desembocando no positivismo jurídico secundarizou o pluralismo ao tratar o fenómeno multicultural como um simples problema de fontes, de sistemas ou de famílias jurídicas.

A evolução das formas tradicionais das organizações sociais alimentou o sistema monopolista dos feudos que desembocaram no sistema monárquico. Por outro lado, a criação dos Estados nacionais (século XVI ao século XVIII) foram alicerçados dentro destas novas políticas e formas de organização social que só podiam ser justificadas e asseguradas dentro de uma filosofia monista e dogmática.

Esta nova filosofia emergente centrou-se no problema das fontes de criação de Direito e do poder legiferante, ou seja, no problema do legislador constituinte. Esta realidade legitimou e projectou o governo jacobino e de centralização napoleónica.

Embora esta realidade não tenha a ver com o problema da essência do Direito³⁷, mas com a política, acabou por ditar uma doutrina dogmática e monista da criação do Direito que serviu de suporte e escudo na manutenção do Estado/nação, até aos dias de hoje.

Com a derrocada do Estado/nação, causada pela fragilidade dos seus sistemas ou modelos e por não ter conseguido produzir os valores almejados pela civilização e pelos cidadãos no geral (a segurança, a justiça e o bem-estar social)³⁸, tornou-se insustentável e ilógico pensar o Direito numa perspectiva dogmática liberto da sua própria fonte geradora.

³⁶ Ibidem, p. 220.

³⁷ Ibidem, p. 215.

³⁸ Peter Bandura foi contundente ao afirmar que o princípio motor e a legitimidade da União resultam do facto de o Estado, pela mera mobilização dos seus recursos vitais, ser incapaz de salvaguardar e garantir a liberdade, justiça, o bem-estar, devido ao desenvolvimento económico e político da Europa e as relações globais. Vide, BANDURA, Peter (2004) A identidade nacional dos Estados membros na constituição da Europa – Uma Constituição para a Europa, Almedina, p.74.

O poder legiferante e constituinte atribuído ao Estado/nação transformou-se quase num mito. O poder legiferante está hoje concentrado nos grupos particulares. Esta realidade faz com que o debate se centre no pluralismo étnico cultural, onde se questiona se um grupo particular que forma um espaço social constrói também um espaço jurídico?

A falta de um debate racional e assente na realidade dos factos fez com que o Direito ao longo dos tempos não pudesse responder adequadamente este fenómeno. Por outro lado, a política integracionista que caracterizou o Direito no apogeu do positivismo jurídico (que não mais fez, senão criar um efeito inverso e desagregador) culminou com o reconhecimento das gerações espontâneas de criação de Direito através de grupos particulares, nacionais e internacionais.

Como se pode constatar, este fenómeno sócio jurídico impulsionou a diversificação dos espaços jurídicos. Não obstante, este debate que se desenvolveu no âmbito da coexistência dos diversos sistemas jurídicos num único Estado ou sistema estadual, projectou-se para o poder legiferante. Esta projecção fez-se em duas vertentes:

- i) a reclamação da descentralização da actividade legiferante;
- ii) a legitimidade e legitimação democrática deste poder nos grupos particulares.

A etnicidade caracterizada dentro do multiculturalismo e colocada no centro do debate, dada a sua multiplicidade de campos de compreensão (social, antropológica, económica, política e jurídica), aflora um novo problema relacionado com a dignidade e reconhecimento destes grupos particulares e dos seus espaços sociais.

O multiculturalismo é hoje mais do que uma hipótese científica por verificar. De acordo com os factos, tornou-se um fenómeno evidente e incontestável que não necessita mais de verificabilidade e demonstrabilidade científica.

O reconhecimento deste fenómeno multicultural é o reconhecimento das identidades de grupos particulares e consequentemente dos espaços sociais e jurídicos na esfera pública. Consequentemente, este reconhecimento levanta um clássico debate sobre o reconhecimento das cidadanias multiculturais.

O problema ganha mais dinamismo uma vez reconhecidas as identidades e admitidas as cidadanias no que concerne a hierarquização quer dos espaços jurídicos, quer das normas por eles criadas – o problema do primado – dentro da dogmática clássica do direito constituinte.

O reconhecimento do multiculturalismo conduz à reflexão sobre os pressupostos filosóficos subjacentes à criação destas normas jurídicas, ou melhor, o debate sobre a primazia dos direitos: o direito de um grupo particular deve sobrepor ao de um indivíduo ou se o direito de uma colectividade pode sobrepor-se ao dum grupo e ou dum indivíduo e vice-versa?

Este debate filosófico não é novo. Este encontrou ao longo da história soluções doutrinárias em função dos pressupostos da criação ou construção dum dado Direito. Por outro lado, este problema projecta-se na polarização universalismo/particularismo, relativismo/pluralismo. Não obstante, ao longo da história mostrou-se inconsequente e jamais apresentou uma solução plausível.

O reconhecimento das identidades dos grupos particulares pode ser justificada pela diferenciação ou, pelo contrário, esse reconhecimento não viola o direito dos indivíduos a um tratamento igual?

Está-se perante o debate da implicação ou de reconhecimento dos espaços jurídicos e a salvaguarda dos valores constitucionais.

1.3. O Pluralismo Jurídico em Contextos Coloniais

A sociedade colonial tem sido um ponto de referência na caracterização do pluralismo jurídico, dada a sua múltipla e complexa manifestação. Não obstante, como é sabido, este fenómeno não se iniciou com o início da sociedade colonial.

Vários e riquíssimos exemplos de manifestações de pluralismo étnico-jurídico podem ser encontrados no período antes da colonização. Por exemplo, no continente africano, antes da colonização já existiam ordens jurídicas distintas nos vários reinos ou Estados pré-coloniais dentro de estruturas sociais patrilineares ou matrilineares³⁹.

Estes povos organizados em conglomerados de etnias tinham evoluído para um desenvolvimento social, económico cujas instituições constituíam um autêntico império⁴⁰.

Quanto à organização institucional destes reinos, constatava-se que o Rei era soberano e tido como a máxima autoridade. Este governava em colaboração muito próxima dos anciãos do reino⁴¹. Estes conselhos eram o garante do sistema jurídico e judicial dos reinos do qual emanavam as normas e as grandes decisões, relacionadas com conflitos políticos e militares.

No âmbito social, entre os membros destes povos, constatou-se a não existência de diferenças sociais e nem sujeição de vassalo ao rei, nem súbdito ao senhor⁴².

O encontro colonial europeu com os nativos foi antecedido por um encontro destes com os Árabes, nos primórdios dos séculos XI e XII. Neste período, os povos árabes foram se fixando ao longo da região costeira do Oceano Índico, onde desenvolviam relações comerciais com os reinos ou impérios existentes no interior do continente.

³⁹ Vide a obra intitulada: exploração portuguesa em Moçambique (1500 – 1973) – estudos coloniais portugueses, esboço histórico, Volume I, Editorial African Studies, Denmark, p. 17.

⁴⁰ As fontes escritas que nos indicam os vestígios dos povos africanos antes do encontro colonial (inglesa e portuguesa) remontam do século XII e XIII, são oriundos dos árabes, povos que através do Índico desenvolviam relações comerciais com os reinos ou impérios existentes.

⁴¹ Vide os relatórios do cronista português Duarte Barbosa, então escrivão da feitoria de Cananor em algumas cartas pessoais escritas pelos missionários católicos.

⁴² Factos relatados na carta do padre André Fernandes, datada de 25 de Janeiro de 1561.

Esta ocupação e incursão dos árabes permitiram a constituição de Reinos designados por Xeques (mouros ou africanos arabizados). Esta realidade ditou a primeira coexistência entre as ordens étnico-jurídicas dos nativos e a ordem jurídica dos árabes.

A coexistência das ordens jurídicas na sociedade colonial, no início ou nos primeiros tempos da colonização, foi pacífico, de acordo com Cristina Nogueira da Silva, ao ponto de ter-se constituído sistemas jurídicos híbridos⁴³.

Escreve António Manuel Hespanha que desde o início da expansão os portugueses reconheceram as instituições das comunidades hindus e chinesas, vincando a exclusão da comunidade muçulmana.

Este reconhecimento ditou que em 1526 (quinze anos depois da conquista portuguesa) fosse editado o Código sobre os usos das aldeias dos hindus. Não obstante, a justiça da colonização portuguesa em Macau nunca lidou com litígios e criminalidade⁴⁴.

O evoluir do fenómeno, no encontro colonial, ditou uma solução contrária, a partir de meados do século XIX, que passou pela dominação total do sistema europeu na organização jurídica das colónias e seus povos nativos, tendo transitado do *multicêntrico* para ordens jurídicas *estatocêntricas*⁴⁵.

A caracterização e percepção da ideia do Direito ou seja do pluralismo jurídico na sociedade colonial passam necessariamente por perceber como se deu o encontro entre o colonizador e os povos nativos. Não obstante, a acção colonizadora foi se fazendo através das conquistas, usando a diplomacia (alianças), as expedições e a influência missionária.

A acção missionária que parecia ser pacífica encontrou uma resistência popular por causa da influência das religiões animistas e islâmicas já implantadas nas regiões⁴⁶.

⁴³ SILVA, Cristina Nogueira da, Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (século XIX-XX) in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n.º33-34, t. II, 2004-2005, 899-921, p. 1.

⁴⁴ HESPANHA, António Manuel, Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Análise Social, Volume XXXVI (161), 2001, 1183 – 1208), p. 15, in <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218730673W4tYC7xw4Vr07TF8.pdf>, acedido no dia 30.12.2014.

⁴⁵ Ibidem, p.2.

⁴⁶ Aquando da Colonização Portuguesa pode-se tomar como exemplo a primeira grande resistência à religião dos colonizadores, onde o missionário português Gonçalo da Silveira foi enforcado por ter sido acusado de espionagem e de provocar conflitos entre os soberanos locais e a população no Império Monomotapa. Os cronistas

A Igreja Católica, dentro da sua missão evangelizadora, uniu-se ao poder colonial europeu e aquela foi usada como elemento disciplinador e catequética dos povos nativos. Esta aliança fez com que a Igreja chamasse a si as duas jurisdições, a eclesiástica e a secular.

Escreve António Manuel Hespanha que a Igreja detinha uma supremacia nesta aliança que lhe conferia o poder de controlar as políticas do poder colonial. Como resultado desta, a Igreja instituiu um Tribunal (régio) da Inquisição que foi usado como uma instituição, ou seja, um instrumento para disciplinar os nativos e os extractos religiosos dissidentes nas colónias⁴⁷.

A acção da Igreja nas ordens jurídicas nativas, aquando do encontro colonial, através da Inquisição, ficou marcada na história da Igreja e da humanidade como uma das mais cruéis de entre os dispositivos usados aquando da colonização, com um único objectivo de negar aos nativos às suas crenças, convicções e identidades.

A coexistência entre as ordens jurídicas na sociedade colonial foi caracterizada, por um lado, por momentos de riquíssima interacção cultural e normativa e por outro pela aculturação, rejeição e ou supressão dos valores de uma ordem pela outra.

Ao longo deste período de coexistência ficou cristalizada positivamente na memória dos colonos a eterna hospitalidade dos nativos que levou aqueles a designá-las por “terra de boa gente” ou “um lugar ao sol”. Todavia, nem todos os usos e costumes dos nativos mereceram este enquadramento jurídico e humanizante.

Na verdade, a diversidade cultural e normativa de então era pensada e equacionada no âmbito do grau ou do estágio civilizacional alcançado no percurso histórico universal e aferida em função da civilização europeia.

O pluralismo de normas que caracteriza o período da coexistência colonial tinha como pressuposto o resgate da cultura e dos usos e costumes dos nativos, cuja evolução

portugueses são da opinião de que o missionário português Gonçalo da Silveira foi morto por causa das intrigas provocadas pelo chefe mouro de nome Mingane, natural de Moçambique.

⁴⁷ HESPANHA, António Manuel, Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Análise Social, Volume XXXVI (161), 2001, 1183 – 1208), p. 16, in <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218730673W4tYC7xw4Vr07TF8.pdf>, acedido no dia 30.12.2014.

civilizacional era classificada por atrasada, retrógrada e estacionária e, a sua transformação em Direito de uma sociedade civilizada.

A ideia de direito de então assentava no binómio “*direct rule*”, “*indirect rules*” na construção legislativa das colónias. Aparentemente, o sistema “*direct rule*” foi associado à estratégia colonizadora francesa e o “*indirect rules*” à ideia da colonização inglesa.

Esta forma de pensar o Direito encurtou e cortou uma visão arejada e riquíssima de ver o Direito dentro da multiplicidade e diversidade das normas fervescentes num espaço jurídico multi-étnico e cultural.

A caracterização das ordens ou normas num espaço jurídico onde todos os outros espaços são tidos como transitórios e dentro de uma inclusão ou exclusão não abre espaço para o desenvolvimento do pluralismo de normas.

O primeiro grande propósito era transformar as colónias num mesmo espaço jurídico dentro de um organismo nacional e em que todos os nacionais gozariam dos mesmos direitos e deveres. Por outro lado, a ciência jurídica de então e os grandes tratados dos jurisconsultos e doutrinários ensinavam e retratavam o monismo jurídico como uma das formas mais perfeitas do sistema de fontes e da construção legislativa e doutrinária.

Este propósito humanista e civilizacional confrontado com a realidade no terreno e com as experiências legislativas obtidas por outros colonizadores, por exemplo, fez com que muitos Estados colonizadores, incluindo Portugal, adiassem e mais tarde abandonassem esta ideia unificadora do Direito⁴⁸.

Os colonizadores, incluindo Portugal, não se abriram ao pluralismo jurídico por se entender que os nativos não tinham ainda alcançado um estágio civilizacional aceitável dentro da evolução universal e europeia.

Entendiam estes que as práticas costumeiras dos nativos eram nocivas à cultura civilizacional europeia e consequentemente deviam ser eliminadas. Daí, a ideia do

⁴⁸ RIBEIRO, Artur R. De Almeida (1946) “Descentralização na Legislação e na Administração das Colónias”, in Antologia Colonial Portuguesa, Lisboa, Agência Geral das Colónias, Vol. I: Política e Administração, pág. 153.

Direito a construir na coexistência colonial ter ficado durante largos séculos indefinida entre *indirect rule*, *direct rule* e *híbrida*.

A coexistência das ordens jurídicas na sociedade colonial levou a Europa, melhor, os Estados colonizadores, a um estudo e uma reflexão profundo sobre a administração das Colónias e o governo das populações nativas face aos cidadãos do Estado colonizador.

Estes criaram cátedras nas universidades, escreveram tratados e apresentaram modelos de governo e governação, assim como soluções legislativas face aos problemas de então, a saber: se as colónias deviam ser reguladas com o mesmo Direito dos Estados colonizadores ou estariam sujeitas a um Direito próprio ou uma legislação especial? Se fosse uma legislação especial, devia sujeitar-se à constituição do estado colonizador?

Com a criação de um novo Direito ou legislação especial, qual seria a sorte do Direito dos nativos vigentes? Se os nativos teriam o estatuto igual ao de um cidadão do Estado colonizador? Isto é, se teriam a mesma personalidade jurídica e se podiam gozar de iguais direitos e deveres? ⁴⁹.

Este debate endureceu posições doutrinárias no sentido de que criar um instrumento único com excepções casuísticas ou adaptações para as colónias fragilizaria o instrumento e criaria fissuras quanto à unidade e homogeneidade legislativa.

Na verdade, constatava-se que os usos e costumes dos nativos consagravam princípios e instituições contrárias às bases da organização jurídica e social estabelecida nos direitos dos Estados colonizadores.

Esta indefinição foi muitas vezes aproveitada pelos colonizadores para uma anarquia legiferante e insubordinação aos seus Estados⁵⁰. Estes criavam as suas próprias

⁴⁹ SILVA, Cristina Nogueira da (2009) Constitucionalismo e Império – A Cidadania no Ultramar Português, Almedina, Lisboa, pág. 32.

⁵⁰ Portugal para resolver este problema criou o Sistema de Prazos de Coroa. Este Sistema tinha como base a “Lei das Sesmarias”, publicadas no tempo de D. Fernando, em 13 de Março de 1367. Todavia, o desenvolvimento do Sistema de prazos ditou um caminho diverso do preconizado pela Coroa Portuguesa. Logo depois da sua implantação, os prazeiros libertaram-se de quase toda subordinação e subjugação da Coroa portuguesa. Esta anarquia, por um lado, fez com que a ideia ou os pressupostos filosóficos subjacentes no Sistema de Prazos que visava, de entre outras, a expansão da civilização portuguesa e a cristianização ficasse gorada. Por outro lado, cabia a cada prazeiro formar o seu próprio exército constituído de escravos e mercenários, assim como as leis e sanções

leis e as faziam cumprir através do uso da força das armas – com torturas físicas, deportações e até eliminação física dos nativos revoltosos.

Apesar desta contradição teórica e doutrinária, a coexistência das ordens jurídicas na época colonial pode ser caracterizada por um pluralismo de espaços, ordens e de normas sempre vivos, muito embora ignorados e excluídos.

A colonização britânica apresentou outra vertente de coexistência pacífica de ordens jurídicas nas colônias africanas, tomando como exemplo os casos de Malawi e Zâmbia, onde grupos étnicos ou tribais desenvolveram versões diferentes do seu Direito tradicional junto dos tribunais coloniais⁵¹, formando assim um sistema jurídico híbrido, mas dentro do *indirect rules*.

Aquando da percepção da sociedade colonial, pode se constatar a existência de uma coexistência conflituosa e menos pacífica de diversas normas: i) as normas costumeiras tradicionais e étnicas – matriarcais e patriarcais; ii) as normas religiosas (animistas, islâmicas, hinduístas e católicas); iii) o sistema de prazos da Coroa; iv) as normas autónomas criadas por cada um dos prazeiros e que regulavam cada prazo⁵²; v) as normas resultantes das codificações dos usos e costumes dos indígenas; as normas do Estado colonial.

A coexistência conflituosa e não pacífica das ordens e normas no período colonial, nos Estados colonizados, foi sempre marcada pela supremacia do Direito das Coroas dos países colonizadores. Não obstante, as vicissitudes vividas ao longo da colonização e da experiência de alguns colonizadores⁵³, vários são os casos que ditaram a descentralização legislativa que culminou com uma pluralidade de normas dentro do mesmo império ou Estado colonizado.

eram da sua autoria. Vide, Exploração Portuguesa em Moçambique 1500 – 1973, Estudos Coloniais Portugueses – Esboço Histórico, Volume I, (Eli J. E. Mar ed.), African Studies editorial, Denmark, 1975, pág. 25.

⁵¹ SILVA, Cristina Nogueira da, Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (século XIX-XX), op. cit., p. 2.

⁵² Nos fins do século XVIII a determinação da extensão da terra a explorar, os impostos a cobrar aos indígenas residentes dentro e fora dos prazos, as leis utilizadas para a administração dos prazos, estavam ao critério de cada prazeiro.

⁵³ A experiência da Inglaterra e França no tocante ao modelo legislativo e governamental, primou primeiro pela *direct rule* e depois *indirect rules*. Desta experiência pode-se destacar dos Códigos Penais das colônias britânicas e do Código Penal metropolitano francês que continha disposições especiais para as colônias.

O caso mais pragmático foi dos colonizadores britânicos que resistiram contra a uniformização do Direito e do sistema judicial nas suas colónias, podendo-se citar, por exemplo, o caso da Índia⁵⁴.

A primeira pedra para a edificação do Direito Colonial em Moçambique começa a ser ensaiada aquando da nomeação de uma Comissão para o estudo dos problemas administrativos e económicos das colónias, em 1849, cujo relatório foi entregue, em 1899⁵⁵.

Estes estudos visavam, de entre outras, recomendar sobre a manutenção e o futuro das organizações políticas, económicas e culturais dos nativos.

O Relatório da Comissão recomendava a eliminação das formas indígenas⁵⁶ de organização social e administrativa. Quanto ao aspecto económico, recomendava criar formas especiais de trabalho para os nativos. Não obstante, António Eanes sugeria a necessidade de um código administrativo novo e só para as colónias e as suas gentes⁵⁷.

Embora a pedra tenha sido lançada em 1849, a grande viragem neste movimento descentralizador e pluralista de normas deu-se com a entrada em vigor do Decreto de 23 de Maio de 1907 sobre a Organização Administrativa do Distrito de Moçambique, onde estabelecia a política indígena, seguida da Constituição Republicana de 1911 e da Lei de 15 de Agosto de 1914 (Lei orgânica da administração civil das províncias ultramarinas)⁵⁸.

⁵⁴ KOLSKY, Elizabeth, “Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India”, p. 636, in www.researchgate.net/publication/228355340_Codification_and_the_Rule_of_Colonial_Difference_Criminal_Procedure_in_British_India, acedido no dia 28.12.2014.

⁵⁵ EANES, António (1946), A colonização Europeia de Moçambique, in Antologia Colonial Portuguesa, Vol. 1, Política e Administração, Lisboa, Agência Geral das Colónias, pág. 10.

⁵⁶ Considera-se indígenas “*indivíduos de raça negra ou seus descendentes que, tendo nascido ou vivendo habitualmente nelas, não possuam ainda a ilustração e os hábitos individuais e sociais pressupostos para a integral aplicação do Direito Público e Privado dos cidadãos portugueses*”. Cfr., artigo 2 do Decreto-Lei n.º 39666/1954, de 20 de Maio - Estatutos dos Indígenas de Província da Guiné, Angola e Moçambique.

⁵⁷ “Moçambique precisa de um código administrativo, todo novo e feito de propósito para a província e até com regras especiais para cada um dos distritos. Deixemos de uniformidades e de simetrias. O vício principal da nova legislação ultramarina é ser em parte a do reino, em parte uma imitação ou cópia deste, quando pelo contrário devia variar, não só do reino para Ultramar mas de Província para Província” António Eanes, 1893, A colonização europeia de Moçambique, ... op. cit, p. 10.

⁵⁸ Vide, o Relatório da Lei n.º 277/1914, de 15 de Agosto de 1914, in Alfredo Héctor Wilensky, A administração de justiça em África Continental Portuguesa, Lisboa, Junta de Investigação do Ultramar, 1971, pág.

A Constituição Republicana de 1911 abriu um novo espaço jurídico e administrativo nas Colónias – através desta prerrogativa especial – cujo poder legiferante caiu nas mãos do Governador-geral.

Este poder legiferante do Governador-geral era total e não podia ser limitado por nenhum Direito Civil ou político dos cidadãos. Não obstante, as normas por este legiferadas eram de estrita aplicação aos nativos enquanto os outros habitantes continuariam a ser regidos pelas leis da Coroa Portuguesa.

Este novo espaço jurídico e administrativo, por ser especial, não tinha que se conformar à Constituição Republicana. O Estatuto Civil, Político e Criminal dos indígenas devia obedecer princípios e filosofia próprias, contrárias à doutrina e a ciência jurídica de então. Como se pode constatar, o princípio da separação de poderes não se impunha. Era imperativo que o administrador exercesse ao mesmo tempo o poder legislativo, executivo e judiciário.

Os direitos e garantias de liberdade e processuais não se impunham à filosofia subjacente aos fins das penas. Esta assentava na repressão como forma “educativa” e recidivista⁵⁹.

A política subjacente ao Direito Penal estava relacionada com a Lei do trabalho ligada aos objectivos primários do colonizador, a saber, a produção da riqueza através da exploração brutal da força humana e da matéria-prima.

Foi com este intuito que apesar da abolição oficial da escravatura em 1769 e da declaração da liberdade de trabalho no Ultramar Português em 1875, o então Governador militar de Moçambique introduziu o primeiro Regulamento de trabalho das colónias e em Moçambique foi em 1899.

Muito embora, a justificação da introdução deste regulamento tivesse como fundamentos a lógica e o facto de que o trabalho dignifica, civiliza e humaniza o homem, isto é, de acordo com o proponente *“o trabalho é a missão mais civilizadora, a escola*

112. Neste Relatório sugeria-se ao poder legiferante para uma descentralização legislativa nos assuntos relacionados com as colónias e que este só se debruçasse sobre princípios e aspectos gerais.

⁵⁹ MELLO, Lopo Vaz de Sampayo e (1910) Política Indígena, Magalhães e Moniz, Editores, Porto, p. 178 – 179.

*mais instrutiva, a autoridade mais disciplinadora, a conquista menos exposta a revolta...a educação que conseguirá metamorfosear brutos em homens”*⁶⁰.

Esta atitude do colonizador português em reduzir os direitos dos antigos escravos ou libertos, escreve Cristina Silva que foi generalizada a partir dos meados do século XIX por todos os países que tinham territórios ultramarinos dada a recusa dos ex-escravos a abandonar práticas culturais diferentes dos europeus⁶¹.

A Lei Base n.º 18, ao estabelecer as regras da definição do Estatuto Civil, Político e Criminal dos indígenas e o sistema de política indígena, destaca claramente a necessidade de um Direito Criminal Especial para os nativos e autoriza a pena de prisão em trabalhos públicos não remunerados.

Dentro destas definições estabeleceu-se a base para a criação das instituições de trabalho forçado. Estas instituições permitiram o acolhimento ou a implementação da filosofia penal subjacente, onde a pena de prisão ficou diluída e reerguida a pena de trabalhos públicos e correcionais.

Mais tarde, através do Decreto n.º 44307, de 27 de Abril de 1962, cria-se o Código Rural de Trabalho.

Este movimento descentralizador e pluralista de normas, ao abrir espaço aos novos espaços jurídicos especiais, reconhecia no âmbito das relações civis que o nativo passasse a regular-se pelos seus usos e costumes privativos⁶², ao mesmo tempo que cria um Direito Penal Especial, Direito do Trabalho Especial, Direito Privado Especial (Família, Sucessões, Contratual) e Direito Processual Especial.

Nesta abertura, entende o legislador que para a criação destes espaços, um novo modelo de instituições deveria ser criado e os Direitos Cíveis e Políticos ficariam excluídos. Todavia, estes espaços jurídicos especiais embora aceites e reconhecidos não podiam colidir com os princípios morais ou da soberania do Estado Português.

⁶⁰ ENNES, António (1971) Moçambique – Relatório apresentado ao Governo, (1ª ed.: 1893) Agência Geral do Ultramar, Lisboa, p. 75.

⁶¹ SILVA, Cristina Nogueira da, Escravidão e Direitos Fundamentais no século XIX, in Escravos, Libertos e Trabalho Forçado na Era das Abolições, Africa Studia n.º 14, Revista Internacional de Estudos Africanos, Centro de Estudos Africanos, Universidade do Porto, 1999, p.235.

⁶² Cfr., Lei-base n.º 18 que estabelece as regras da definição do Estatuto Civil, Político e Criminal dos indígenas e o sistema de política indígena.

O pluralismo jurídico em contextos coloniais, em Moçambique, ganhou a sua forma expressiva com a Política Indígena que data desde a primeira reforma colonial de 1907. Esta Política esteve sujeita a várias alterações⁶³, tendo ganho vigor e firmeza com a subida do António de Oliveira Salazar ao poder.

Foi no Governo de Salazar que as reformas de 1926 ganharam forma e vitalidade. Este Governo publica o Acto Colonial através do Decreto n.º 18570/1930, de 18 de Junho, cujo Título II estabelecia os princípios a que a Política Indígena se deveria subordinar.

Em 1933, este Acto Colonial foi incorporado na Constituição Portuguesa. Consequentemente, foi publicado o Decreto-Lei n.º 23288/1933, de 15 de Novembro, que aprovava a Carta Orgânica do Império Português e o Decreto n.º 23229/1933, de 15 de Novembro, sobre a Reforma Administrativa Ultramarina (RAU). Com estes instrumentos⁶⁴ deu-se uma viragem clara e inequívoca da Reforma da Política Indígena.

Com a RAU implanta-se o sistema de *indirect rule*, onde no mesmo espaço passaram a coexistir oficialmente duas ordens jurídicas, a colonial, por um lado e, a gentílica, por outro lado. No âmbito da política e organização administrativa, a colónia ou Província Ultramarina subdividia-se em conselhos ou circunscrições e estas em freguesias ou postos administrativos.

⁶³ A proclamação da República em Portugal em 1910 trouxe para as colónias portuguesas incluindo Moçambique uma nova designação – Província Ultramarina. O Congresso da República no cumprimento das directrizes constitucionais apresentou duas propostas de lei: Lei Orgânica de Administração Civil das Colónias e a Lei Orgânica da Administração Financeira das Colónias. Estes dois instrumentos foram adoptados e designados por Leis n.º 227 e 228, publicados em 15 de Agosto de 1914. O Decreto-Lei n.º 277 de 15 de Agosto de 1914, Lei Orgânica de Administração das Colónias, teve como pressupostos as Leis-bases n.º 16, 17 e 18. Em 1920 as Leis n.º 277 e 278 foram substituídos por Decreto n.º 7008, de 9 de Outubro, Nova base Orgânica de Administração Civil e Financeira das Colónias. A este Decreto junta-se o Decreto n.º 7030 de 9 de Outubro e as Leis n.º 1030 e 1511, de 20 de Março de 1921 e 1 de Dezembro de 1923 respectivamente, criadas de acordo com os mesmos princípios da Lei n.º 277, que passaram a regular a administração colonial. A Revolução de 28 de Maio, de 1926, fez surgir um novo Governo e com este inicia uma sistematização de princípios da política colonial para com as colónias de uma forma individualizada para adequar a especificidade de cada colónia. Assim, para o efeito, foi criado um novo Decreto n.º 12533, de 23 de Outubro de 1926, sobre o Estatuto Político Civil e Criminal dos indígenas para as Colónias de Angola e Moçambique que conjugaria com o Decreto 12421 que aprova as Bases Orgânicas da Administração colonial. Pouco depois, o Decreto n.º 12533 foi substituído pelo Decreto n.º 16478, de 22 de Junho de 1929, que aprova o Estatuto Político, Civil e Criminal dos indígenas da Guiné, Angola e Moçambique. Na mesma ocasião publica-se o Decreto n.º 16474, sobre a orgânica das relações de Direito Privado entre os indígenas e não indígenas.

⁶⁴ Não obstante, o Decreto que regulamenta a implementação destes instrumentos, foi publicado em 20 de Novembro de 1940 – Decreto-Lei n.º 35962.

São designados conselhos as zonas urbanas povoadas por aglomerados populacionais civilizados. As circunscrições são as zonas rurais habitadas por povos não civilizados ou indígenas. Estas estão divididas em postos administrativos ou regedorias.

Nas Circunscrições e nas zonas não urbanas dos Conselhos, os nativos estavam agrupados em Regedorias e estas em povoações ou grupos de povoações. As regedorias estavam ao cargo das autoridades gentílicas (estas tomarão a designação própria da região, por exemplo, sabado, regulado, reino, etc.).

Os regedores indígenas e os chefes gentílicos governavam de acordo com os usos e costumes dos indígenas locais desde que não fossem contrárias à soberania nacional⁶⁵.

O exercício da actividade de regedor indígena ou chefe gentílico obedecia um conjunto de princípios e interesses da administração portuguesa ao contento do Governo⁶⁶.

Quanto à instituição do poder dentro da autoridade gentílica, os regedores indígenas e chefes gentílicos são de sucessão hereditária, directa e colateral, segundo os usos e costumes locais. Não obstante, o Governo tem a prerrogativa de escolher um de entre os parentes mais próximos, se este não convier aos interesses do Governo⁶⁷.

O regedor indígena na sua actividade político-administrativa dentro da sua jurisdição é aconselhado pelos anciãos do povo, embora confirmados pelo administrador.

Aos regedores indígenas cumpre-lhes o dever de observar uma série de obrigações descritas na RAU que vão ao encontro dos interesses económicos e da política e filosofia do Governo colonial⁶⁸.

Pela falta de cumprimento destes deveres ou obrigações, os regedores indígenas eram punidos pelo administrador da circunscrição a uma pena de prisão que ia de 6 a 12 meses. Se o regedor indígena voltasse a reincidir poderia ser destituído e substituído.

Quanto aos direitos, a actividade do regedor indígena era remunerada. Estes tinham os direitos e *privilégios que os usos e costumes indígenas lhes conferiam*⁶⁹.

⁶⁵ Cfr., § único, do artigo 94º da RAU.

⁶⁶ Cfr., artigos 92º a 108º da RAU.

⁶⁷ Cfr., artigo 96º da RAU.

⁶⁸ Cfr., artigos 92º a 108º da RAU.

Quanto ao poder judicial, aos chefes gentílicos não lhes era dado o poder de julgar crimes outrora ocorridos nas povoações, cabendo esta acção aos administradores.

Os chefes gentílicos tinham o dever de investigar os crimes, efectuar detenções dos suspeitos e levá-los à presença do administrador. Na essência, as actividades dos chefes gentílicos reduziam-se a meros agentes transmissores para às populações das determinações do poder colonial.

O administrador era a autoridade judiciária da circunscrição, juiz instrutor e competia-lhe julgar as questões gentílicas. Os indígenas regiam-se através dos usos e costumes próprios e submetidos à jurisdição de tribunais privativos. Das decisões dos tribunais privativos dos indígenas cabiam recursos ao tribunal superior privativo dos indígenas⁷⁰.

O sistema jurídico estabelecido na RAU não pode ser classificado como de *indirect rule* e nem do *direct rule*. Este sistema oscila entre os dois sistemas acima, todavia não pode ser caracterizado como híbrido, talvez algo “misto, cafuço e descaracterizado”.

De acordo com a RAU, a população urbana, ou seja, civilizada era regulada com base no Direito Ultramarino Português e submetidos à jurisdição dos Tribunais Judiciais.

As populações não civilizadas, nativas, circunscritas às regedorias eram reguladas através dos usos e costumes e tradições dos indígenas. Todavia, o poder judicial estava nas mãos dos administradores coloniais. Por outro lado, a estratégia subjacente na organização das autoridades gentílicas estabelecidas na RAU, ao mesmo tempo que reconhecia esta autoridade, impunha-lhe regras quanto ao poder político-administrativo e obrigações aos chefes gentílicos, no desempenho das suas funções.

Portanto, de acordo com as determinações da RAU, nenhum espaço resta para as autoridades gentílicas para os seus chefes agirem autónoma e tradicionalmente fora do controle do poder colonial instituído.

⁶⁹ Cfr., artigo 98º da RAU.

⁷⁰ Cfr., artigo 4º do Diploma Legislativo n.º37/1927 - Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas.

A ideia ou filosofia subjacente na RAU, quanto ao modelo do sistema jurídico a ser desenvolvido nas colónias, visava claramente uma missão civilizacional dos nativos e a reconversão gradual da autoridade tradicional em órgãos auxiliares da administração civil nas colónias⁷¹.

Esta ideia ou pressuposto do sistema colonial europeu pode ser aferida facilmente através do disposto no §2º, do artigo 96 da RAU, a saber: “ *Os filhos ou herdeiros em idade escolar dos regedores indígenas, sempre que seja possível, serão obrigados a frequentar as escolas oficiais; em regra não lhe serão entregues a autoridade sobre as populações sem saberem falar e escrever a língua portuguesa*”. Por outro lado, de acordo com a RAU os regedores indígenas tem a obrigação institucional de incitar os indígenas a aprenderem a língua portuguesa e a mandarem os seus filhos à escola, assim como obrigar-lhes à prática das culturas que a administração aconselhe⁷².

Esta ideia civilizacional e de eliminação gradual da ordem jurídica tradicional esteve claramente vincada nos últimos diplomas legislativos ultramarinos portugueses. Por exemplo, o Decreto-Lei n.º39666/1954, de 20 de Maio - Estatutos dos Indígenas de Província da Guiné, Angola e Moçambique dispõe no §2, do artigo 3º, que as autoridades político-administrativas ao aplicarem os usos e costumes dos indígenas “*procurarão, sempre que possível, harmonizá-los com os princípios fundamentais do Direito Público e privado português, procurando promover a evolução cautelosa das instituições nativas...*”

A implementação da RAU nas colónias portuguesas ditou no âmbito político e administrativo a retirada do poder aos chefes gentílicos e a sua reconversão em agentes das autoridades administrativas portuguesas nas povoações.

A codificação dos usos e costumes indígenas, de entre outros objectivos, visavam eliminar as práticas indígenas nocivas ao mundo civilizado. Estas codificações constituíam uma etapa intermédia no processo da civilização e assimilação dos valores culturais europeus.

⁷¹ Cfr., artigo 78º da RAU.

⁷² Cfr., obrigações 15 e 16 do artigo 99º da RAU.

O legislador, ciente da resistência que iria encontrar nas povoações gentílicas e dos seus chefes tradicionais, estrategicamente, previu na RAU possibilidades de criação de circunscrições que estariam sob administração de um regime militar⁷³.

Na verdade, a implementação da RAU encontrou resistências de chefes gentílicos. Daí que o uso da força tenha prevalecido para impor o modelo administrativo aprovado. Por outro lado, o poder colonial esteve ciente de que a via mais fácil de dominar seria a inclusão dos chefes gentílicos na administração política e territorial, ou seja, dentro de uma política de subalternidade⁷⁴.

A RAU nas Colónias portuguesas conseguiu transformar as autoridades tradicionais em estruturas de base na organização político-administrativa. Uma vez integradas no sistema colonial passaram a fazer parte do aparelho político-administrativo colonial, servindo assim os propósitos e interesses do poder colonial. Esta realidade vivida na implementação da RAU pode ser caracterizada por *indirect rule*.

De facto, aqui, a autoridade tradicional assume-se como o estreitamento ou seja o prolongamento da ordem jurídica estadual até as bases, onde esta não consegue penetrar.

Dada a instrumentalização das autoridades tradicionais ou seja a apropriação dos seus chefes gentílicos, tradições e dos seus usos e costumes, estas continuaram vivas no espírito das suas gentes e populações.

Maria Paula Meneses, *et al*, escreve dizendo que as autoridades tradicionais representavam como que uma almofada de amortização entre as comunidades e os agentes de administração colonial⁷⁵. Portanto, a RAU, ao apoderar-se das autoridades

⁷³ Cfr., alínea d) do artigo 5 e alínea c) do artigo 6º, ambos da RAU.

⁷⁴ Mouzinho de Albuquerque viria a tecer o seguinte comentário quanto ao papel dos chefes indígenas nas reformas coloniais: “Os pequenos chefes são auxiliares utilíssimos e indispensáveis mesmo para a administração e política naquelas vastas regiões, onde, por vezes, um comando tem uma área de jurisdição muito superior à dos distritos administrativos da metrópole. Apenas os chefes poderosos, os que porfiam a desobediência é necessário suprimir, os outros devem ser aproveitados e maneira de os conseguir, tem de ser diferente de comando para comando. O comandante militar precisa de aplicar toda a habilidade e empregar muito tacto e prudência”. Vide J.M. da Silva Cunha, o Sistema da Política Indígena, op. cit., p.135.

⁷⁵ MENESES, Maria Paula (2003) As autoridades tradicionais no contexto do pluralismo jurídico, in Conflito e Transformação Social: Uma paisagem das justiças em Moçambique, Edições Afrontamento, Vol. II, Porto, p. 242.

tradicionais, potenciou-as, tornando-as mais visíveis e respeitadas pelas populações nativas.

O pluralismo jurídico em contextos coloniais, em Moçambique, como foi caracterizado, ganhou a sua forma expressiva com a Política Indígena, que data desde a primeira Reforma Colonial de 1907. Não obstante, compulsando a sucessão e a evolução da produção legislativa sobre as Colónias portuguesas, no tocante ao pluralismo jurídico, depara-se com avanços e recuos, uma indefinição no modelo ou sistema jurídico a implantar nas colónias.

Recuando na história da colonização portuguesa, aquando do Sistema de Prazo, para acabar com a insubordinação e a anarquia generalizada dos prazeiros para com a Coroa Portuguesa, o novo Governo Constitucional formado em 1826, tendo assumido o fracasso e o desastre na administração das Colónias e, com o intuito de recuperar o Sistema de Prazo, introduziu uma Reforma, através da aprovação do Decreto sobre Forais e Bens da Coroa, de 13 de Agosto de 1832⁷⁶.

Este Decreto revoluciona a política de então quando estabelece garantias aos europeus e nativos africanos ao usufruto dos mesmos direitos. Para o efeito, escreveu Mouzinho da Silveira aquando da primeira reforma administrativa liberal, influenciada pelo modelo centralizador Francês que “...*sem a terra livre em vão se invoca a liberdade política, pelo que se impõe acabar com a natureza dos Bens destinados a tolher o nascimento da elevação moral, salvos os direitos adquiridos...*”⁷⁷

A primeira Reforma Colonial de 1907, que deu origem ao Decreto de 23 de Maio, resultou de um projecto de organização administrativa colonial.

O legislador, ao criar o Decreto, não tomou em conta os resultados contidos no Relatório do estudo feito por uma Comissão em 1899.

Quanto à organização política e administrativa, a então Comissão recomendou a eliminação das formas nativas de organização social e administrativa e a sua substituição

⁷⁶ Decreto sobre Forais e bens da Coroa de 13 de Outubro de 1832.

⁷⁷ Vide, Relatório do Decreto sobre Forais e Bens da Coroa, de 13 de Outubro de 1832, de Mouzinho da Silveira in Extractos - O fim de Portugal Velho, Regência de D. Pedro, Reformas de Mouzinho e desembarque do Mindelo in <http://maltez.info/respublica/portugalpolitico/anuario/1832.pdf>, acedido no dia 08 de Janeiro de 2015.

pelo sistema europeu. Assim, os nativos ficariam sujeitos ao processo de assimilação como forma de integração destes ao mundo civilizado, isto é, uma assimilação directa.

A filosofia subjacente nestes instrumentos visava a transformação ou reconversão das sociedades indígenas em instituições reguladas pelas Leis Republicanas Portuguesas.

Esta reconversão passaria necessariamente pela destruição da estrutura política, económica e sócio cultural nativa, seguida de um processo de assimilação dos valores e da cultura portuguesa. Não obstante, o Decreto de 23 de Maio de 1907 optou por uma trajectória oposta às recomendações da Comissão.

Este Decreto esteve longe do preconizado na carta das Nações Unidas, ao estabelecer ordens jurídicas distintas e discriminatórias, umas para os nativos, os indígenas e, outra para os colonos, os portugueses.

A proclamação da República em Portugal, em 1910, trouxe para as colónias portuguesas, incluindo Moçambique, uma nova designação – Província Ultramarina.

A Constituição Republicana acabaria por criar uma nova instituição que iria lidar com as colónias – o Ministério das Colónias. Com esta estratégia de transformar as colónias em Províncias Ultramarinas, Portugal pretendia unificar o Estado e responder o preconizado na Carta das Nações Unidas.

Portanto, a estratégia da unificação passaria por introduzir nas províncias uma nova estrutura orgânica. Para o efeito, o legislador aprova dois instrumentos: a Lei n.º 227 e a Lei n.º 228, ambas de 15 de Agosto de 1914, designadamente - Lei Orgânica da Administração Civil das Colónias e a Lei Orgânica da Administração Financeira das Colónias.

A novidade ou a particularidade subjacente nestas Leis está no facto de possuírem na primeira parte disposições comuns para todas as colónias e na segunda parte um estatuto para cada Província Ultramarina.

A ideia ou a filosofia subjacente nestes dois instrumentos consiste na transformação ou reconversão das sociedades indígenas em instituições reguladas pelas Leis Republicanas Portuguesas.

Esta reconversão passaria necessariamente pela destruição da estrutura política, económica e sócio cultural nativa, seguida de um processo de assimilação dos valores e da cultura portuguesa.

Portugal aquando da sua afirmação no mundo viu-se na obrigação de adequar os seus instrumentos aos princípios das Nações Unidas, organização de que pretendia ser membro. Para o efeito, aprova a Lei n.º 2048, de 11 de Junho de 1951, por via da qual elimina a designação de colónias na sua legislação e passa a usar a terminologia de províncias ultramarinas. Através desta Lei, as colónias passaram a fazer parte integrante do Estado Português⁷⁸.

A conjuntura política, económica e militar internacional pós-Segunda Guerra Mundial fez com que Portugal reassumisse a política de assimilação⁷⁹, outrora latente, para mostrar a face democrática das suas políticas e consequentemente a sua aceitação nas alianças ocidentais.

Em 1954 o legislador colonial cria o Decreto n.º 39666/1954, de 20 de Maio, Estatuto dos Indígenas das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique. Este diploma vem regulamentar o Estatuto dos Indígenas, no âmbito dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Política e na Lei Orgânica.

No âmbito da protecção legal dispensada ao indígena, o legislador entende que é chegado o momento de criar situações especiais para integrar o indígena na sociedade civil, depois de uma longa caminhada de civilização. Para o efeito, cria os mecanismos de transição ou extinção da condição de indígena e aquisição da cidadania portuguesa.

O Decreto n.º 39666/1954, de 20 de Maio, dividiu a população africana das Colónias em três categorias: assimilado, civilizado e indígena. Assim, o indígena que

⁷⁸ Note-se que a primeira mudança de terminologia sobre as colónias deu-se em 1826, aquando da nova Constituição (vide os artigos 1, 2 e 145 da Constituição de 1826, na qual as colónias passaram a ser designadas por Províncias e os nativos de cidadãos portugueses). Depois foram feitas outras alterações sucessivas em 1852, 1888, 1930, 1951 e 1972. Nesta última, as províncias passaram a ser designadas por Estados.

⁷⁹ Este instituto de assimilado é oriundo da política francesa para com as colónias e foi criado em 1790. Este instituto foi introduzido no então reino Sine-Saloum, hoje Senagal, e que estava administrativamente dividido em comunas (St. Louis, Goreé, Dakar e Rufisque). Este instituto visava garantir os mesmos direitos dentro da comuna, entre africanos e franceses, pelo que devia-se introduzir a língua francesa, o sistema de educação e civilização europeia. A implementação desta política revolucionária de liberdade, igualdade e fraternidade, cedo, em 1985, enfrentou dificuldades económicas para vincar e acabou suspensa.

conseguisse ascender ao estatuto de assimilado⁸⁰, passava a ser cidadão português, gozando de direitos e deveres consagrados.

Os indígenas durante muito tempo estiveram submetidos à jurisdição dos tribunais privativos. Com aprovação deste Decreto, o indígena passou a ter prerrogativa de optar pela Lei Comum, em matérias de relações de família, sucessões, comércio e propriedade imobiliária⁸¹.

O Decreto n.º 39666/1954, de 20 de Maio, ao abrir o caminho para a transição do indígena à cidadania portuguesa, consagra um conjunto de direitos aos indígenas que ao longo dos séculos lhes tinham sido negados. Por exemplo, os indígenas baptizados pela Igreja Católica podiam celebrar o casamento entre eles, nos termos da Lei Canónica, desde que reunissem as condições exigidas pela lei civil⁸². Este estatuto conferia a personalidade jurídica ao indígena e daí os direitos e deveres aplicáveis.

Portugal, ainda na senda da conjuntura política, económica e militar internacional, em 1963 aprova o Decreto n.º 2119/1963, de 24 de Junho, Lei Orgânica do Ultramar. Este visava responder as críticas internacionais sobre as políticas legislativas e administrativas portuguesas.

Com este Decreto, dá-se a desconcentração do poder com a criação de novos Estatutos Políticos e Administrativos para cada Província ultramarina. Os novos órgãos passam a ser compostos por governador-geral, o conselho legislativo e o conselho económico e social. Destaca-se aqui o poder do governador-geral que representa o Governo da República e a este presta contas.

⁸⁰ Não obstante, a ascensão ou obtenção do grau de assimilado devia respeitar aos seguintes requisitos cumulativamente: a) ter mais de 18 anos; b) falar correctamente a língua portuguesa; c) exercer profissão, arte ou ofício de que aufera rendimento necessário para o sustento próprio e das pessoas de família a seu cargo, ou possuir bens suficientes para o mesmo fim; d) ter bom comportamento e ter adquirido a ilustração e os hábitos pressupostos para a integral aplicação do Direito público e privado dos cidadãos portugueses; não ter sido notado como refractário ao serviço militar e nem dado com desertor. Cfr., artigo n.º 56º do Decreto n.º 39666/1954, de 20 de Maio, Estatuto dos Indígenas das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique.

⁸¹ Cfr., artigo n.º 27º, do Decreto n.º 39666/1954, de 20 de Maio, Estatuto dos Indígenas das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique.

⁸² Cfr., artigo n.º 30º, do Decreto n.º 39666/1954, de 20 de Maio, Estatuto dos Indígenas das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique

Para uma maior democratização do sistema colonial, respondendo assim às pressões internacionais, o legislador aprova os Decretos-Leis n.º 49146/1969 e n.º 49147/1969, ambos de 25 de Julho, que alteram a composição do Conselho Ultramarino passando este a ser constituído por um presidente e trinta e nove membros ordinários. Destes membros dezanove são eleitos pelos Conselhos Legislativos de cada Províncias e os restantes pelo Conselho legislativo do ultramar.

Com este novo figurino e composição do Conselho, lança-se as bases para uma maior participação das Províncias nas decisões sobre as políticas administrativas no ultramar.

Na mesma linha, o legislador aprovou o Decreto-Lei n.º 49145, de 25 de Julho de 1969, que atribui competências aos Tribunais de Conflitos para dirimir conflitos que envolvem autoridades ou tribunais da metrópole e do ultramar⁸³, assim como os Tribunais administrativos provinciais de Angola e Moçambique passam a ter competência quanto ao contencioso do trabalho e previdência social⁸⁴.

A Política de Assimilação decretada por Portugal nas Colónias para responder os imperativos internacionais, a descentralização do poder político e administrativo, assim como a democratização governativa e decisória não foi suficiente para travar o seu isolamento diplomático no seio das Nações Unidas⁸⁵.

Portanto, Portugal avança com uma nova acção, que consistiu na abolição do sistema de assimilação no seu ordenamento jurídico. Com esta abolição, oficialmente, todo o africano passaria a ser considerado cidadão português.

⁸³ Cfr., artigo 8º, do Decreto-Lei n.º 49145/1969, de 25 de Julho. Este dispõe que o Tribunal dos Conflitos é competente para *“a resolução de conflitos que envolvam autoridades ou tribunais da metrópole e do ultramar não situados na mesma linha de jurisdição”*.

⁸⁴ Cfr., artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 49145/1969, de 25 de Julho. Este dispõe que *“os tribunais administrativos das províncias de Angola e Moçambique, dentro das suas circunscrições territoriais de base provincial, passam a ter a competência actualmente atribuída aos tribunais de relação quanto ao contencioso do trabalho e previdência social”*.

⁸⁵ TRINDADE, João Carlos (2003) Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos, in Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique, Edições Afrontamento, Vol. I, Porto, p. 101.

Portanto, com estas inovações e avanços legislativos nos últimos anos da colonização portuguesa, oficialmente levava a crer que o pluralismo jurídico em contextos coloniais encontrou o seu termo.

Ironicamente, na prática da vida cotidiana das populações nas Colónias pouco ou nada mudou, pelo contrário, com o recrudescimento das lutas de libertação nacionais, em Angola (1961), Guiné Bissau (1963) e Moçambique (1964) fez-se endurecer o regime colonial.

O direito à cidadania ora decretado e alargado para todos os africanos não passou de uma letra morta. A nova organização política e administrativa, embora inovadora, continuou a servir os interesses da burguesia e da burocracia coloniais.

A população ou o cidadão comum, dadas as barreiras impostas pelo regime colonial continuou, no seu quotidiano, a encontrar soluções dos seus problemas dentro das ordens jurídicas ou instituições não oficiais paralelas.

O pluralismo jurídico em contexto colonial, ora caracterizado, de acordo com a sua intensidade dentro das Colónias portuguesas, pode ser classificado como um pluralismo fraco.

Neste contexto, as ordens jurídicas que coexistiam dentro do espaço colonial – autoridades tradicionais cujo direito foi transformado em códigos dos usos e costumes dos indígenas – a sua validade dependia do reconhecimento, regulação e controlo do sistema normativo estadual⁸⁶.

Este reconhecimento integrativo das ordens jurídicas em contexto colonial que extrinsecamente nos leva a classificar como pluralismo jurídico fraco não pode ser analisado linearmente.

De facto, intrinsecamente, o que se passava no terreno e no quotidiano dos nativos contrasta com esta ilação. O reconhecimento integrativo dos usos e costumes dos indígenas não diluiu e nem destruiu as autoridades tradicionais. Nesta asserção, podemos concordar com Carlos Feijó quando, em rigor, nega que seja considerado pluralismo jurídico fraco em contextos em que se faz depender dos efeitos jurídicos das ordens

⁸⁶ GRIFFITHS, John (1986) *What is Legal Pluralism?*, Journal of Legal Pluralism 24, p. 4

jurídicas infra-estatais à conformidade e a adequação à norma estadual. Para o caso em apreço, o reconhecimento integrativo das autoridades tradicionais em contexto coloniais, “*não anulou a existência de um universo normativo policêntrico na dimensão das relações que compõe a vida das diversas comunidades sociais*”⁸⁷.

1.3.1. As regras de reconhecimento das ordens jurídicas no espaço colonial

O Direito da sociedade colonial ficou caracterizado por inconstâncias, variações, incongruências e contradições quanto a ideia e o modelo de Direito a criar para as colónias. Como pudemos registar na caracterização do mesmo Direito, este esteve ao sabor das vicissitudes conjunturais de política interna e externa vividos ao longo do período da colonização.

A mudança dos regimes e governos ditou a sorte do Direito da sociedade colonial, dentro de indefinições ou contradições que variavam entre “*indirect rule*”, “*direct rule*” e sistema híbrido.

Quanto à colonização portuguesa, destaca-se o Código Civil de 1867, que reconheceu o princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei, princípio tido como um dogma constitucional. Consequentemente, a partir desse Código, viu-se uniformizada a legislação civil no território português e no colonial e eliminada a desigualdade entre os cidadãos.

Dada a especificidade dos espaços e a realidade diversa dos povos nas colónias, o legislador produziu vários Decretos⁸⁸ para adequar e responder a estes ditames.

Com estes Decretos e em especial o de 25 de Fevereiro de 1869, o legislador veio a readmitir e reconhecer as diferenças quanto ao estatuto civil e político das pessoas que residem nas colónias, reconhecendo assim novos espaços jurídicos. Por outro lado, a

⁸⁷ FEIJÓ, Carlos (2012) A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana, op. cit., p. 126.

⁸⁸ Vide a Coleção de Decretos promulgados pelo Ministério dos Negócios da Marinha e Ultramar em virtude da faculdade concedida pelo parágrafo 1 do art.15.º do Acto Adicional à Carta Constitucional da Monarquia, Lisboa, Imprensa Nacional, 1870. p. 35.

aplicação do Código Civil aos novos cidadãos, escravos libertos, escreve Cristina Nogueira da Silva que este deparou com dificuldades insuperáveis, dada a natureza e condição destes⁸⁹.

Como solução do problema, manteve a antiga legislação discriminatória, voltando a admitir uma contradição legislativa – por um lado, quis pôr termo a desigualdade legislativa dos cidadãos do estado colonizador e do colonizado. Por outro, ao atender as especificidades dos povos e dos libertos abriu uma nova desigualdade legislativa⁹⁰.

A ideia do Direito ou o princípio director da política legislativa colonial visava uniformizar e unificar a legislação no Estado colonizador e no colonizado.

A concretização desta ideia passaria por e ao mesmo tempo reconhecer a igualdade dos cidadãos perante a lei e uma condescendência⁹¹ ou reconhecimento das diversidades de valores e instituições jurídicas dos povos dos estados colonizados. Todavia, este reconhecimento seria uma estratégia transitória para os aproximar, através das codificações dos usos e costumes e do instituto de assimilação aos padrões europeus.

Este princípio director da política legislativa colonial abriu espaço para a coexistência de vários espaços jurídicos. Urge perceber as regras de reconhecimento destes novos espaços, a sua coexistência, interacção e legitimidade dentro da mesma ordem jurídica.

1.3.2. Os usos e costumes dos nativos na sociedade colonial

Quando se retrata a coexistência das ordens jurídicas e normativas no período colonial, a verdadeira e a principal coexistência das ordens jurídicas dá-se entre os usos e costumes dos nativos e o Direito Europeu. Os usos e costumes autóctones encontram, *a priori*, o seu reconhecimento dentro das instituições costumeiras e tradicionais.

⁸⁹ SILVA, Cristina Nogueira da, Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa... op. cit., p.4

⁹⁰ SILVA, Cristina Nogueira da (2009) Constitucionalismo e Império..., op. cit., p. 41.

⁹¹ Ibidem., p. 41

Carlos Feijó escreve que são os costumes as verdadeiras fontes de legitimidade das autoridades tradicionais e determinam as formas e modos de exercício do poder tradicional nas respectivas comunidades⁹². Portanto, é chamado para esta caracterização o reconhecimento dos usos e costumes dos nativos ao abrigo do Direito Colonial, isto é, o reconhecimento da legislação compilada pelo sistema colonial no tocante aos usos e costumes dos nativos.

Concretamente, trata-se dos Códigos dos usos e costumes dos hindus (aprovado pela portaria provincial de 14 de Outubro de 1853), o Código dos usos e costumes de Damão e Diu (aprovado pela portaria provincial n. 77 de 31 de Agosto de 1853) e mais tarde os usos e costumes dos Chins, em Macau, os usos e costumes dos indígenas de Timor, os usos e costumes da Guiné e Moçambique, Direito Civil das populações hindus, muçulmanas e “gentias”, os usos e costumes dos banianes, batias, parses, mouros, e nativos das colónias⁹³.

Os usos e costumes dos nativos, na coexistência das ordens jurídicas no período colonial, surgem como um espaço jurídico privilegiado, tolerado e incentivado. Todavia, este reconhecimento encontra limitações. Pois, estes não podem colidir com os princípios morais e com a soberania do Estado colonizador. Esta regra de reconhecimento que assenta em “princípios morais” e ordem pública torna-se, *a priori*, controversa, tendenciosa e inconsistente.

Os princípios morais variam de sociedade para sociedade, daí não ser possível estabelecer uma unidade ou o denominador comum de uma moral universal. Não obstante, quando se coloca por regra os princípios morais está-se perante os princípios morais de um povo europeu com um grau de civilização universalmente aceite. Daí que, os usos e costumes dos nativos que ferem a moralidade universal ou que entram em contradição com os princípios morais do mundo civilizado caem fora.

⁹² FEIJÓ, Carlos (2012) A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana, op. cit., p. 43.

⁹³ SILVA, Cristina Nogueira da, Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa... op. cit., p.5

Constata-se que nos usos e costumes dos nativos desenvolveram-se institutos controversos, tais como, da família e da propriedade – cuja filosofia e prática, *a priori*, são considerados imorais e contra os princípios civilizacionais.

Todavia, ao reconhecer-se os usos e costumes dos nativos, deve-se reconhecer estrategicamente a poligamia, o alombamento, a idolatria, a auto-escravização através da venda do corpo, por ser a condição da existência e desenvolvimento das populações nativas.

O legislador quando estabelece as regras de reconhecimento das ordens jurídicas ou as faz programaticamente ou entra em contradição e cai no absurdo. Por outro lado, a regra de reconhecimento – soberania do Estado ou a ordem pública – surge como um filtro e mecanismo de controlo, repressão ou eliminação das possíveis manifestações culturais que poderiam desembocar em revoltas.

Para o efeito, só seriam reconhecidos aqueles usos e costumes que não dificultassem o desenvolvimento das políticas que conduzissem aos fins subjacentes à colonização⁹⁴.

Nesta realidade concreta, o legislador embora estabeleça as regras de reconhecimento acaba por vacilar e aceitar aquilo que seria o contravalor para o mundo civilizado. Este fa-lo programaticamente e como estratégia transitória para gradualmente, através das codificações dos usos e costumes dos nativos, os alterar e os aproximar aos valores e princípios morais europeus⁹⁵.

O reconhecimento dos usos e costumes dos nativos implicava automaticamente o reconhecimento das suas instituições. Não obstante, numa primeira fase, se o Direito colonial tivesse optado por reconhecer estes usos e costumes dos nativos, os colocaria na mesma jurisdição formal, isto é, como direito a ser invocado nos tribunais ordinários e especiais.

Este facto pode ser descrito aquando da organização da administração da justiça na Índia, cujo Decreto de 7 de Dezembro de 1836, que regulava esta acção, determinava no

⁹⁴ COISSORÓ, Narana (1964) As instituições do Direito Costumeiro Negro-Africano – Separata de Angola, Estudos Políticos e Sociais, vol. II, n.º 1, p. 6.

⁹⁵ SILVA, Cristina Nogueira da (2009) Constitucionalismo e Império..., op. cit., pág. 41.

seu artigo 18 que o juiz de Direito das praças de Diu e Damão observasse, “*nas causas dos súbditos portugueses não cristãos os seus usos e costumes mandados guardar por ordens especiais*”⁹⁶. Todavia, para o efeito, o espaço que venceu para dirimir os conflitos a luz dos usos e costumes reconhecidos foram os tribunais especiais.

Os tribunais emergentes desta coexistência de ordens jurídicas podem ser caracterizados dentro de um hibridismo jurídico de assimilação, onde se procurou aproximar duas instituições no tocante à composição e funcionamento.

Esta aproximação passa por reconhecer uma nova modalidade de poderes judiciais que não se circunscrevem ao modelo de magistratura clássico, mas composta pelas autoridades administrativas, militares e tradicionais africanas.

Este modelo híbrido do poder judicial implicava uma assimilação mútua dos valores e das práticas processuais de ambos. Todavia, este reconhecimento desenvolveu um Direito Processual híbrido nas colónias, onde a primeira instância da resolução dos conflitos era a autoridade tradicional ou em assembleias presididas por régulos ou capitães-mores⁹⁷ ou senhores dos prazos e cujas decisões podiam ser objecto de recurso aos Governadores provinciais.

A justiça dentro deste hibridismo não estava sujeita a um processo uniformizado para todas as Províncias e nem dentro da mesma Província. Este estava arbitrariamente ao critério do juiz territorial, não obedecendo as formalidades processuais e nem a fiscalização.

A experiência desta coexistência híbrida processual culminou com a elaboração de um Projecto de Regulamento para a decisão dos nativos que através da Portaria provincial de 1853 veio a dar origem ao primeiro Código Cafreal do Distrito de Inhambane, em Moçambique.

Este Código aparece como piloto, embora não aprovado pelo Governador da Província, foi aplicado no Distrito de Inhambane. A experiência piloto da implementação

⁹⁶ Cfr., artigo 8º do Decreto de 7 de Dezembro de 1836, Organizando a justiça para a Índia e Costa Oriental de África, in <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1416.pdf>, acedido no dia 06.10.15.

⁹⁷ O poder judicial dos Capitães-Mores foi objecto de uma portaria régia de 18 de Fevereiro de 1863, aprovado através da Portaria do Governo-Geral de Moçambique, de 14 de outubro de 1861, com atribuições claras sobre o julgamento de todas as questões cafreais que ocorram dentro da sua jurisdição.

desde Código deu origem em 1889, o Código dos Milamdos Inhambanenses (litígios e pleitos) aprovado por Portaria provincial n.º 269, de 11 de Maio de 1889⁹⁸.

Os usos e costumes dos nativos como ordens jurídicas reconhecidas no encontro do Direito Colonial desenvolveram um pluralismo jurídico purificador, híbrido, assimilacionista e programático.

Na verdade, os usos e costumes reconhecidos eram aqueles que estavam em conforme com os princípios morais e com a ordem pública. Portanto, são aqueles usos e costumes que estavam codificados e não os usos e costumes genuínos e em prática entre os nativos.

O processo de codificação visava a purificação e a transformação destes usos e costumes e não a reprodução escrita dos mesmos⁹⁹. Portanto, o pluralismo jurídico desenvolvido nas colónias era programático e com clara intenção redutora e civilizacional.

Por exemplo, aquando da implementação do Decreto de 1869, sobre as codificações dos usos e costumes, em Moçambique, o então Governador-Geral deu instruções claras ao jurista e secretário-geral, Joaquim de Almeida e Cunha, mandatado para o efeito, para afastar os usos e costumes nocivos a civilização e a introdução de valores jurídicos civilizados¹⁰⁰.

⁹⁸ CUNHA, Joaquim de Almeida (1885) Estudo acerca dos usos e costumes dos Banianes, Bathiás, Parses, Mouros, Gentios e Indígenas, Imprensa Nacional, Moçambique, p. XIX.

⁹⁹ SILVA, Cristina Nogueira da (2009) Constitucionalismo e Império..., op. cit., p. 220.

¹⁰⁰ CUNHA, Joaquim de Almeida (1885) Estudos acerca dos Usos e Costumes... op. cit. p. IX.

1.3.3. O Direito Privado Especial na sociedade colonial

O legislador colonial desenvolveu nas colónias uma ordem jurídica igual e diversa a do Estado colonizador, especificamente quanto ao Direito da Família, sucessões e Propriedade.

Esta solução adoptada pelo Estado colonial assemelha-se aquela aquando da recepção ou romanização dos direitos dos povos europeus na Idade Média. António Manuel Hespanha identifica algumas áreas onde a coexistência não foi um facto trivial, a saber, no domínio do direito das pessoas, dos direitos patrimoniais (domínio político sobre as coisas e o domínio político sobre as pessoas)¹⁰¹.

Dentro do Estado Colonial, no tocante ao Direito Privado, coexistiam três direitos no mesmo espaço, a saber: os usos e costumes que regulavam os indígenas, o direito privado continental que regulava os cidadãos portugueses no continente e nas colónias e o direito privado-especial para os nativos.

A regra de reconhecimento subjacente a este Direito Privado Especial residia no valor e na importância das instituições jurídicas existentes, no processo da civilização dos povos e na própria condição da sua existência¹⁰².

Neste espaço jurídico e dentro desta abertura legislativa, os tribunais coloniais ordinários e especiais podiam aplicar o Direito estrangeiro, por exemplo, os tribunais da Comarca de Moçambique e da Relação de Goa, ao abrigo do Decreto de 7 de Dezembro de 1836, permitia a aplicação do Direito Muçulmano.

¹⁰¹ HESPANHA, António Manuel (1997) Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia..., op. cit. p.90 e 91.

¹⁰² Ibidem, pág. 41.

1.3.4. As normas religiosas na sociedade colonial

O Direito Português aquando da colonização reconhecia e identificava-se por eleição com as normas do Direito Canónico. Daí que, por exemplo, as Constituições de 1822, 1838 e seguintes, dispunham claramente que “*a religião do Estado é a religião Católica Apostólica e Romana*”. Todavia, foi através da Constituição de 1838¹⁰³ que, embora vincando a religião oficial do Estado, abriu-se a possibilidade de prática de outras religiões.

Esta abertura pode ser interpretada por reconhecimento das outras religiões. Por outro lado, a mesma Constituição de 1838, no seu artigo 11º, consagra o princípio de tolerância religiosa, dispondo o seguinte: “*Ninguém pode ser perseguido por motivos religiosos, com tanto que respeite a do Estado*”.

Antes da Constituição de 1838 a prática das outras religiões só eram permitidas para os estrangeiros. A adopção e incorporação do código canónico dentro do Direito Português levou que o Direito da Família e das Sucessões fosse absorvido pelo canónico.

Com esta opção, Portugal fez das normas religiosas e dos seus institutos – canónicas – normas e institutos obrigatórios para o continente e para as colónias.

As paróquias apostólicas foram instituídas como órgãos ou conservatórias de registo civil, onde se faziam os registos de nascimento, de casamento e óbitos¹⁰⁴. Não obstante, a esta primazia do direito canónico, o legislador abriu o espaço de coexistência entre este e outros Direitos religiosos (Direito Hindu, Direito Muçulmano (Islâmico)). Por exemplo, nos casamentos celebrados dentro das outras religiões não católicas, os seus efeitos civis eram equiparados aos católicos e reconhecidos de acordo com o Direito Continental.

O Código Civil de 1867, através dos artigos 1056-57 abriu espaço para a criação do Registo Civil que veio a concretizar-se através do Regulamento de 28 de Novembro

¹⁰³ Cfr., artigo 3º da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 4 de Abril de 1838.

¹⁰⁴ Vide, a título de exemplo, os artigos 2441 e 2442 do Código Civil Português de 1867.

de 1878. Portanto, ao mesmo tempo que vigorava nas colónias o Direito Canónico, outros Direitos Religiosos se desenvolviam dentro de uma coexistência religiosa pluralista.

O pluralismo de normas religiosas assim decretado para as colónias, ao mesmo tempo que permitia a coexistência entre várias religiões, na essência visava purificar as práticas menos católicas no interior das outras religiões.

1.3.5. O Direito da Família e Sucessões

No encontro colonial, estes dois Direitos foram criados de acordo com a política legislativa estabelecida para as colónias portuguesas.

A aplicação do Código Civil Português às Colónias, embora com excepções próprias no tocante ao Direito Privado, permitiu o desenvolvimento e a coexistência de normas quanto ao Direito da Família e Sucessões.

As normas do Direito da Família e Sucessões eram em parte as normas canónicas da Religião Católica. O Código ao reconhecer as outras ordens jurídicas, embora programáticas, reconhece este instituto base da organização social – a família. Nestes termos, reconhece-se o Direito da Família das outras religiões tais como, o Direito Muçulmano, Hindu e dos Usos e Costumes dos indígenas.

Todavia, o critério de reconhecimento estabelecido – princípios morais e ordem pública – entram em contraste com os pressupostos e a estrutura de cada Direito e especialmente no tocante aos institutos aí estabelecidos.

Se a codificação constituía um dos requisitos para a implementação destes Direitos nas colónias e, se para o reconhecimento estes deviam estar em conformidade com os princípios morais e civilizacionais, *a priori*, estes Direitos deviam passar por uma purificação de certas práticas nocivas e de algumas instituições básicas, tais como a poligamia, o concubinato e o pátrio poder¹⁰⁵.

¹⁰⁵ SILVA, Cristina Nogueira da, Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa... op. cit., p.10

Eliminadas estas instituições caem as bases da organização social de algumas famílias nativas. Portanto, não estaríamos mais perante os usos e costumes dos nativos mais sim perante uma nova ordem jurídica diversa e que não se identifica com nenhum povo.

1.4. Pluralismo Jurídico em Contextos Pós-Coloniais

A coexistência das ordens e normas jurídicas na sociedade colonial, como se constatou acima, esteve consagrada a vicissitudes políticas, sociais e económicas dos Estados colonizadores.

Esta coexistência experimentou e passou por um processo complexo, de multicêntricas para estatocêntricas e destas para híbridas e vice-versa.

Na sociedade pós-colonial, o fenómeno do pluralismo jurídico desenvolveu-se dentro de duas tendências. Por um lado, os novos Estados emergidos da descolonização britânica seguiram o hibridismo multicêntrico. Por outro lado, os da ex-colonização portuguesa evoluíram para o hibridismo estatocêntrico.

A pluralidade das ordens jurídicas¹⁰⁶ é caracterizada pela discrepância entre a ordem política e o controle administrativo¹⁰⁷.

Os novos Estados erguidos no pós-colonialismo constituem um bom exemplo de amostragem e visualização do fenómeno da pluralidade das ordens jurídicas. Nestes Estados pode-se perceber como é árdua a tarefa do controle da coexistência entre várias ordens jurídicas.

Nestes Estados vislumbra-se a difícil articulação de, por um lado, ao se pretender chamar a unidade do Direito e por outro, ao se reconhecer a coexistência das várias ordens jurídicas que circulam dentro do mesmo Estado.

Nesta reflexão, para a caracterização do pluralismo jurídico em contexto pós-colonial vai-se privilegiar o exemplo do Estado Moçambicano por ter sido reconhecido

¹⁰⁶ Boaventura de Sousa Santos contorna a expressão pluralismo jurídico por entender que esta tem uma nítida conotação normativa. Está expressão, segundo o autor, não há nada intrinsecamente bom, progressista ou emancipatório. Nesta expressão transporta consigo exemplos trágicos dos estados Coloniais e o Apartheid é o exemplo claro desta realidade. Vide, SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico, in Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique, Edições Afrontamento, Porto, p. 53.

¹⁰⁷ Ibidem, p.48. O autor apresenta como factores que levam à emergência do fenómeno da pluralidade das ordens jurídicas dentro de um Estado as seguintes: “*Disjunção entre o controlo político e o controlo administrativo do território e das populações; deficiente sedimentação de diferentes culturas político-jurídicas no interior do Estado e do Direito oficial; grande turbulência política e institucional, feitas de múltiplas rupturas sucedendo-se em sequências rápidas; crise aguda do Estado, próxima da implosão*”. Ibid., p.64.

por vários estudiosos como um dos grandes mosaicos da coexistência e desenvolvimento deste fenómeno sócio-jurídico. Este reconhecimento foi extensivo ao Estado Angolano.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos, o Estado Moçambicano é um exemplo de Estado de extrema heterogeneidade, caracterizando-se este por conter no seu Direito Estatal “*condições sócio-jurídicas que se auto-define como oficial, formal, moderna e nacional, mas em cuja prática jurídica se detecta alguns ou de todos polos das dicotomias, do não-oficial, do informal, do tradicional, do local e do global*”.

A Constituição de Moçambique consagra claramente, quanto ao território e ao Estado, uma inequívoca unicidade, indivisibilidade e inalienabilidade¹⁰⁸. Não obstante, o mesmo não acontece quanto ao poder político-administrativo e judiciário. A Constituição consagra o pluralismo político e reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos, assim como as instituições do poder tradicional¹⁰⁹.

O fenómeno do pluralismo jurídico nos Estados erguidos do colonialismo europeu passou por duas grandes épocas distintas:

- A primeira surge depois das independências, onde os novos Estados romperam (total ou parcial) com o sistema normativo e a racionalidade do Direito colonial europeu. Os países africanos de expressão portuguesa edificaram os novos Estados a partir de uma nova teoria jurídico-política socialista. Alguns Estados optaram pela continuidade da teoria jurídico-política do Direito colonial europeu, embora com reformulações e adaptações para a nova realidade. Outros ainda tentaram edificar os novos Estados potenciando o Direito Consuetudinário e o poder tradicional. E ao longo da evolução houve a tentativa de introduzir o propalado socialismo africano.

- A segunda época, aquela que foi marcada com o fim do socialismo e com a queda do apartheid, ficou marcada com a adesão à teoria política liberal – o Estado de Direito Democrático.

¹⁰⁸ Cfr., artigo 6º e 8º da Constituição de Moçambique de 2004 e os artigos 3º e 8º da Constituição da República de Angola de 2010.

¹⁰⁹ Cfr., artigo 4º, 74º, 118º e n.º 3, do artigo 212º, ambos da Constituição da República de Moçambique e os artigos 8º, n.º 2, do artigo 213º, artigos 223º, 224º, 225, ambos da Constituição da República de Angola de 2010.

O pluralismo jurídico em contexto pós-colonial tem sido caracterizado, como escreve Boaventura de Sousa Santos, como o mais complexo porque cada ordem jurídica – espaço-tempo do Direito – possui a sua própria normatividade e racionalidade¹¹⁰.

Esta caracterização corresponde à realidade dada a complexidade e à densidade na articulação entre as várias ordens jurídicas no mesmo espaço jurídico. Todavia, esta complexidade e densidade nos Estados pós-coloniais de expressão portuguesa, tornou-se visível depois do socialismo, aquando da introdução do Estado de Direito Democrático.

O período que segue as independências não se vislumbrou espaço para o desenvolvimento da pluralidade das ordens jurídicas dentro dos Estados que tomamos como exemplo na caracterização do pluralismo jurídico em contexto pós-colonial.

O Estado Moçambicano erguido da descolonização em 1975, à semelhança de outros Estados dos anos 60 e 70, adoptou a doutrina marxista e abandonou a estratégia político-administrativa e o Direito Colonial Português.

O Direito Colonial Português foi erguido sobre dogmas fundamentais do Direito liberal, assente em padrões e princípios vigentes no Direito Europeu, a saber: o universalismo, a abstração, a generalidade, o igualitarismo, a soberania e o publicismo¹¹¹.

Este Direito não reconhecia outras ordens jurídicas e nem políticas particulares. Muito embora a Constituição de 1838 tenha aberto uma concessão às autoridades supremas das Colónias para legislar, as tentativas de codificação dos usos e costumes dos nativos não encontraram o seu devido espaço, dada a política assimilacionista e os dogmas do constitucionalismo liberal.

O que de facto prevaleceu nas colónias portuguesas foi a exclusão dos outros espaços, tais como étnico-jurídico, religioso e o poder tradicional.

Depois da independência, em Moçambique, nasce um Estado de ideologia e estrutura marxista-leninista, no qual o Direito se confundia com o Estado e o Estado com o Direito. Criou-se um sistema unitário e um monismo jurídico.

¹¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico..., op. cit., p. 49.

¹¹¹ HESPANHA, António Manuel, Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna... op. cit., p.18

Este sistema socialista que caracterizou o Direito do pós-independência (imposta pela conjuntura sócio-política e hegemónica da guerra fria) cedo encontrou uma resistência pacífica e revolucionária interna. Este sistema encontrou a sua derrocada com a *perestroika*.

O sistema socialista tentou eliminar o pouco espaço que o colonialismo tinha deixado nas relações jurídicas do quotidiano dos povos e sujeitou a sociedade a algo descaracterizado.

A Frelimo liderando os novos destinos do país tinha como objectivo, de entre outros: “ *a eliminação da estrutura de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente*” ¹¹².

Para o efeito, o novo Estado liderado pela Frelimo, desmantela o Direito Costumeiro e as Autoridades Tradicionais conotadas com o poder colonial português e fonte de tribalismo e divisionismo.

Para a edificação de uma nova sociedade de democracia popular exigia-se o engajamento de todas as forças e camadas patrióticas. O novo Estado vai travar um combate contra o analfabetismo, obscurantismo, o tribalismo, o regionalismo, com o objectivo de promover o desenvolvimento da cultura e personalidades nacionais¹¹³.

O Estado socialista ao criar um Direito Socialista elimina o Direito Colonial Português e afasta as autoridades tradicionais e as ordens étnico-jurídicas instituídas ao longo dos séculos. Este cria um novo sistema jurídico e judiciário.

O novo poder judiciário viria a ser exercido pelo Tribunal Popular Supremo. Para a materialização deste exercício cria através da Lei n.º12/78 de 12 de Dezembro, a Lei Orgânica dos Tribunais Populares.

O sistema judiciário passa a ter uma nova organização: no topo encontrava-se o Tribunal Popular Supremo, seguido dos Tribunais Populares Provinciais, Tribunais Populares Distritais e na base os Tribunais Populares dos Bairros ou Localidades.

¹¹² Cfr., artigo 4º da CRPM de 1975.

¹¹³ Cfr., artigo 5º da CRPM de 1975.

Nasce assim uma nova ideia de justiça – justiça popular ou de reconciliação – cujos tribunais eram constituídos por um colégio de juizes eleitos.

A nível dos Bairros e Localidades, o colégio devia ser constituído, exclusivamente, por juizes não profissionais, escolhidos entre os elementos do Partido, das Forças Populares de Libertação de Moçambique e das Organizações de Massas (OMM, OTM, OJM).

Estes tribunais de base deviam julgar *“de acordo com o bom senso e a justiça, tendo em conta os princípios que presidem à construção da sociedade socialista”*¹¹⁴.

Para os Tribunais Populares de outros escalões, para além dos juizes não profissionais, também podiam trabalhar juizes profissionais nomeados pelos Órgãos Centrais, depois de uma formação ou reciclagem jurídico-política socialista¹¹⁵.

Os Tribunais Populares, Supremo, Provincial e Distrital deviam julgar com base na Lei. Ironicamente, a tal Lei com que deviam julgar foi herdada do colonialismo português, com a ressalva introduzida pelo artigo 71º da Constituição da República Popular de Moçambique de 1975, que dispunha o seguinte: *“... a legislação anterior no que não for contrária à Constituição mantém-se em vigor até que seja modificada ou revogada”*.

Quanto à estrutura administrativa de base, criou-se os Grupos Dinamizadores encabeçados por um secretário. Os Grupos Dinamizadores antes da constituição dos Tribunais Populares de Base e Células do Partido desempenhavam também o poder político, administrativo e judiciário.

Com esta nova estrutura organizativa, afasta-se as autoridades tradicionais que outrora eram consideradas estrutura de base administrativa do poder colonial. Não obstante, o legislador, para o reforço do sistema judiciário e a garantia da justiça aos cidadãos, cria os Tribunais Comunitários, através da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio.

A conjuntura internacional ditou a queda do socialismo e o Estado moçambicano viu-se na contingência de abraçar o sistema político liberal e de economia do mercado.

¹¹⁴ Cfr., n.º 2 do artigo 38º, da Lei n.º 12/78 de 2 de Dezembro.

¹¹⁵ Vide, Frelimo (1976) Documento da 8ª Secção do Comité Central. Maputo, Departamento de Informação e Propaganda, p. 121.

Esta viragem ditou uma nova Constituição de 1990 assente no Estado de Direito Democrático.

A nova Constituição reconhece o pluralismo de ordens jurídicas e abre o espaço para a criação de uma nova organização judiciária. Assim, o legislador, para responder os imperativos do Estado de Direito, aprova a nova Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 10/92, de 6 de Maio) e consequentemente a Lei dos Tribunais Comunitários (Lei n.º 4/92, de 6 de Maio).

A Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais na sua estrutura organizativa elimina os Tribunais de base (Bairros e Localidades), assim como os Tribunais Comunitários.

Através da nova Lei n.º 4/92, de 6 de Maio – Tribunais Comunitários – o legislador capitaliza a diversidade étnica e cultural da sociedade moçambicana e coloca-a como fundamento para justificar a abertura ao Direito Costumeiro e Tradicional, reconhecendo assim as diversas ordens jurídicas que circulam na sociedade moçambicana¹¹⁶.

A eliminação dos Tribunais de Base e o afastamento dos Tribunais Comunitários na estrutura orgânica dos tribunais judiciais tem sido interpretado como sendo uma grande abertura ou um autêntico mosaico da coexistência e do desenvolvimento do pluralismo jurídico no espaço jurídico nacional.

Boaventura de Sousa Santos considera os tribunais comunitários como um híbrido sócio-jurídico dada a sua permeabilidade e variedade dicotómica. Estes estabelecem como que uma ponte entre o pluralismo jurídico oficial e o não oficial¹¹⁷.

O pluralismo jurídico em contexto pós-colonial – o caso de Moçambique – dada a sua heterogeneidade multiforme é de difícil caracterização. Por exemplo, a coexistência das ordens jurídicas deu-se, por um lado, formalmente, dentro de um hibridismo estatocêntrico e, por outro, uma coexistência multicêntrica e semi-formal.

Dada a conjuntura diversa vivida no país – conflitos armados, a falta de infra-estruturas sociais, escassez de recursos humanos e financeiros – infelizmente, até à data,

¹¹⁶ Cf., o Preâmbulo da Lei n.º 4.92 de 6 de Maio – Tribunais Comunitários.

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico..., op. cit., p. 72

o sistema de justiça formal ainda não conseguiu fazer a cobertura de todo o território nacional.

O sistema de justiça formal está limitando ou circunscrito dentro das zonas urbanas e peri-urbanas. As zonas rurais ou povoações onde se localiza a grande maioria da população não possuem Tribunais Judiciais.

Esta realidade faz com que o pluralismo jurídico neste Estado pós-colonial se desenvolva a dois níveis. Nas zonas urbanas e peri-urbanas a coexistência manifesta-se dentro de um hibridismo que se pode caracterizar por vertical e horizontal ao mesmo tempo. Nestas, constata-se a mistura ou a simbiose das várias ordens ou Direitos, tais como: a oficial, os étnico-jurídicos e as religiosas.

É dentro desta coexistência que ocorrem os maiores conflitos e tensões entre as diferentes ordens jurídicas, quando estas sobrepõe-se uma as outras e onde a estatal pretende ser aglutinadora. É dentro desta coexistência que *“as fronteiras entre as diferentes ordens jurídicas tornam-se porosas e a identidade de cada uma perde a sua pureza e a sua autonomia”*¹¹⁸.

Dentro da ordem jurídica estadual¹¹⁹ destaca-se a ordem jurídica comunitária que comporta os Tribunais Comunitários que, nalgumas localidades, têm o suporte dos Paralegais e da Polícia Comunitária.

Estas ordens semi-oficiais são ao mesmo tempo formais e informais. Estas foram criadas pelo Estado, mas não fazem parte da Orgânica dos Tribunais Judiciais. Todavia são instâncias activas na resolução de conflitos e na manutenção da ordem social.

Estes Tribunais não recebem assistência técnica dos Tribunais Distritais e nem apoio material e financeira do Estado. Por exemplo, os Tribunais Comunitários das zonas urbanas e peri-urbanas ao dirimirem conflitos fazem-no com base nas normas comunitárias - equidade (normas ético-morais, costumeiras e tradicionais).

¹¹⁸ Ibidem, p. 49.

¹¹⁹ A Orgânica dos Tribunais Judiciais compreende: os tribunais judiciais a diferentes níveis, a saber, Supremo, Superior de Recurso, Provincial e Distrital.

Estas normas costumeiras invocadas não são pertença de uma dada ordem jurídica costumeira concreta, mas sim um costume misto, ou seja, oriundo da coexistência entre diferentes normas ou costumes que coexistem no mesmo espaço comunitário.

Um outro fenómeno sócio-jurídico, curioso, desencadeado por esta coexistência urbana das ordens jurídicas está no facto de, apesar de existir um hibridismo estrutural e oficial, assumido pelo Estado na regulação das vidas dos cidadãos, por exemplo, quanto ao instituto do casamento, tem sido reiterado o comportamento de insatisfação mística de muitos cidadãos. Estes cidadãos depois de contrair o matrimónio, de acordo com a ordem jurídica oficial, recorrem novamente a ordem jurídica étnico-jurídica e religiosa da sua convicção.

Na verdade, o Direito formal, no âmbito da coexistência das diferentes ordens ou Direitos, já estabeleceu os mecanismos de interlegalidade, ou seja, de reconhecimento deste instituto, não havendo necessidade para a sua repetição.

A interlegalidade ou seja o mecanismo de reconhecimento oficial dos matrimónios celebrados de acordo com as ordens jurídicas ou Direitos autónomos serão objecto de tratamento nos pontos que seguem.

O fenómeno ou a prática recorrente dos cidadãos nas comunidades urbanas que consistem na repetição ou multiplicação de actos jurídicos dentro das diferentes ordens jurídicas no mesmo espaço fragiliza o hibridismo vertical das ordens jurídicas.

Por um lado, os cidadãos, ao incorporar as diferentes representações das diferentes ordens dentro da comunidade na qual vivem, assumem-se dentro da personalidade composta e híbrida.

Estes cidadãos ao não sentirem-se totalmente conformados misticamente com a interlegalidade híbrida e retornarem às práticas étnico-jurídicas do Direito Costumeiro e tradicional de origem, cria-se nestes cidadãos uma personalidade retrógrada e obscurantista. Este tipo de personalidade, dentro da comunidade urbana, pode ser classificado como artificial.

O comportamento descrito e vivido por estes cidadãos encontra a sua explicação dentro da ideia de reverência ou convicção africana de pertença ou ligação que existe entre o indivíduo com o espírito dos seus antepassados.

Para estes cidadãos, só aquele espírito concreto que lhes liga umbilicalmente com uma determinada tradição é que pode proteger-lhes. Daí a explicação do dever ou da obrigatoriedade do indivíduo observar escrupulosamente os usos e costumes instituídos tradicionalmente na prática de certos actos, dentro da sua cultura e tradição.

A esta obrigatoriedade ou *animus* que paira no sub-consciente do indivíduo, Carlos Feijó designou-a por coercibilidade mística¹²⁰.

Nas zonas rurais e peri-urbanas, assiste-se uma prática e desenvolvimento do pluralismo jurídico diferente, caracterizado por uma coexistência multicêntrico – multiculturais e pluriétnicas.

Nestas zonas, ocorre a coexistência de diferentes ordens jurídicas, de entre outras destacar-se as étnico-jurídicas, autoridades tradicionais, as associações, ONGs, Igrejas (comunidades cristãs, organizações Islâmicas, comunidades hindus) e outras. Estas ordens jurídicas concorrem para a resolução de litígios através da mediação e conciliação usando cada uma, para o efeito, as normas ou Direitos distintos e não estatais.

De entre as ordens jurídicas não oficiais mencionadas acima, podemos caracterizar as autoridades tradicionais dada a sua relevância na sociedade e por oferecer um Direito e uma justiça genuína e, bem distinta da oficial ou eurocêntrica.

As autoridades tradicionais em Moçambique remontam ao tempo da própria organização gentílica africana. Estas foram objecto de instrumentalização pelo colonialismo como meios de controlo político directo dos nativos e controle administrativo indirecto das sociedades¹²¹.

Estas mesmas autoridades tradicionais foram excluídas aquando do socialismo por terem colaborado com o colonialismo e tidos como incompatíveis com o poder popular.

¹²⁰ FEIJÓ, Carlos (2012) A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades..., op. cit., p. 80.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico..., op. cit., p.76.

Não obstante, estas foram reapropriadas pelo Estado aquando da descentralização administrativa¹²², na viragem para o pluralismo político e Estado de Direito Democrático.

O Estado constatou a existência de um vazio no âmbito da organização político administrativa de base que os Grupos Dinamizadores ou Células do Partido não conseguiram substituir ou dar cobertura total ao vazio deixado pelas autoridades tradicionais.

O legislador moçambicano, constrangido com a organização política administrativa de base, ditadas pelas políticas de ajustamento estrutural do Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, no tocante à descentralização e desconcentração do poder económico e político-administrativo, abre espaço e reconhece através do Decreto n.º 15/2000, de 20 de Junho, as autoridades comunitárias, definindo-as como “...os *chefes tradicionais, os secretários de bairros ou aldeias e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades locais*”¹²³.

A revisão constitucional de 2004 veio reconhecer claramente as autoridades tradicionais, dispondo o seguinte: “*O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o Direito Costumeiro*”¹²⁴.

Curiosamente, o legislador aquando do Decreto n.º 15/2000, de 20 de Junho, designa-as por autoridade comunitária e inclui dentro delas os secretários de bairros ou aldeias que na essência nada tem de autoridade tradicional¹²⁵.

De acordo com Fernando Florêncio a autoridade tradicional é uma instituição que compreende os indivíduos e instituições de poder político que regulam a organização do modelo de reprodução social das sociedades tradicionais¹²⁶.

Estas autoridades sobreviveram todas as intempéries e continuam firmes na organização das sociedades e na estabilização da ordem social dentro dos seus grupos.

¹²² O Processo de descentralização política e administrativa teve início em 1991 com o lançamento do Programa de Reforma dos Órgãos Locais (PROL).

¹²³ Cfr., n.º 1, artigo 1º do Decreto n.º 15/2000, de 20 de Junho.

¹²⁴ Cfr., n.º 1, do artigo 118º da Constituição da República de Moçambique de 2004.

¹²⁵ Os Secretários dos Bairros foram criados aquando do socialismo e legitimados pelas populações e não segundo o Direito Costumeiro mas sim pelas directrizes partidárias.

¹²⁶ FLORÊNCIO, Fernandes (2003) As Autoridades Tradicionais vaNdau, Estado e Política Local em Moçambique – Tese de Doutoramento – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa – ISCTE, Lisboa, p.64.

As autoridades tradicionais, por ironia do destino, ao longo da história, tanto serviram o colonialismo europeu como também serviram os movimentos de resistência contra o mesmo colonialismo e os movimentos da luta de libertação.

Aquando da guerra de desestabilização contra o socialismo que deu origem aos confrontos armados e guerra civil pós independência em Moçambique, as autoridades tradicionais tanto serviram o Governo apoiado pelo bloco socialista, assim como a Renamo organizada, equipada e liderada pelo Apartheid e a Rodésia do Sul.

As autoridades tradicionais são instituições enraizadas no espírito das sociedades tradicionais e no dos próprios povos. Estas não são criadas pela vontade individual ou colectiva, antes precedem este mesmo povo e com estes os Estados. Daí, a existência e a acção das autoridades tradicionais não depender de qualquer poder extrínseco a elas e nem do reconhecimento feito pelo poder colonial europeu ou de não reconhecimento pelo Direito Socialista e muito menos do sistema político liberal.

Quando o poder estadual através de um processo declarativo ou legislativo reconhece as autoridades tradicionais, este reconhecimento não passa de um formalismo imposto pela teoria e racionalidade jurídica europeia.

As autoridades tradicionais, de acordo com o Direito Estadual, encontram a sua legitimidade, por um lado nas populações e por outra na própria constituição estadual.

No âmbito do pluralismo jurídico moçambicano, a Constituição de Moçambique de 2004, no artigo 4º, reconhece “*os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem, na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição*”¹²⁷.

As autoridades tradicionais assumem-se também como sistemas normativos de resolução de conflitos na sociedade moçambicana. Todavia, quando se pretende aferir a dinâmica e a essência das autoridades tradicionais dentro do disposto no artigo 4º da Constituição constata-se uma discrepância normativa.

À primeira vista pode-se concluir que as autoridades tradicionais como sistemas de resolução de conflitos não se enquadram nos requisitos consagrados na Constituição

¹²⁷ Cfr., Artigo 4º da CRM de 2004.

para que possam ser reconhecidas como sistemas normativos e de resolução de conflitos. Por exemplo, os chefes tradicionais assumem cumulativamente os três poderes: legislativo, judicial e executivo.

Esta realidade vai contra o princípio de separação e interdependência de poderes, pressuposto básico de Estado de Direito Democrático.

Se as autoridades tradicionais exercem o poder legislativo, de acordo com a Constituição, este devia ser exercido democraticamente. No exercício deste poder, embora o chefe tradicional possua o colégio de anciãos, como conselheiros, só aquele é que possui o privilégio da ligação com os espíritos dos antepassados e a sua decisão reflecte a vontade dos deuses¹²⁸.

A transmissão do poder dentro das autoridades tradicionais efectiva-se dentro da linhagem e passa de geração em geração. Só podem ascender a chefes tradicionais os da linhagem e dentro do critério de prioridade instituída. Para o efeito, ficam de fora todos os outros membros, colocando-se de lado o princípio de universalidade e igualdade consagrado na Constituição.

Dentro da autoridade tradicional, de acordo com o costume e a tradição, à mulher é reservada um lugar próprio, variando do tipo de sociedade, patrilinear ou matrilinear, que difere com a dos homens. Esta particularidade vai contra os Direitos Humanos e fere o princípio da igualdade do género.

O sistema de resolução de conflitos que vigora nas autoridades tradicionais, quanto aos direitos, liberdades e garantias individuais, não contempla os princípios do processo criminal consagrado no artigo 65º da Constituição e nem contempla o direito à assistência jurídica ou à constituição de um defensor que assista os actos do processo¹²⁹.

¹²⁸ Boaventura de Sousa Santos escreve que as Autoridades Comunitárias controlam o poder dos espíritos, o poder dos antepassados, o governo da comunidade, tem acesso aos rituais e a dimensão mágica da vida comunitária. Vide, SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico..., op. cit., p. 83.

¹²⁹ Todos os casos são designados por *milandus*. Existe um único tribunal que é o do Régulo ou chefe tradicional. Todavia, os chefes dos povoados perante o tribunal do Régulo procuram dirimir os conflitos. Estes *milandus* caem no fórum privado nos quais estão envolvidas as partes litigantes. Na impossibilidade de se conseguir um consenso ou conciliação, estes são remetidos ao tribunal. São os Conselheiros do Régulo a nível das povoações que os encaminharão ao Tribunal do Régulo.

Neste processo, não havendo uma confissão livre, voluntária e espontânea, as provas são obtidas através de uma consulta ao mágico ou a um adivinho. Se o suspeito continuar a recusar, este é submetido à prova das solanáceas. Se o remédio o intoxica fica confirmada o crime e o tribunal o condena.

As decisões ou sentenças no sistema de resolução de conflitos na autoridade tradicional não tem recurso e nem apelo. Estas práticas processuais violam o direito de impugnação ou de recurso consagrados na Constituição.

Dentro da autoridade tradicional os litígios são resolvidos com base no Direito Tradicional, Direito Linhaceiro, Usos e Costumes africanos e Direito Costumeiro.

A ideia de justiça na autoridade tradicional assenta na equidade e na repartição da responsabilidade colectiva e social¹³⁰. Pelo contrário, no Direito Estadual, a ideia de justiça assenta na conformidade da acção com a Lei e na responsabilidade individual.

Portanto, a natureza e racionalidade da ideia de justiça nas autoridades tradicionais não toma como pressupostos os direitos, liberdades e garantias individuais, mas sim a responsabilidade e garantias colectivas ou familiares.

Ao caracterizar o pluralismo jurídico pós-colonial, a autoridade tradicional surge como uma ordem jurídica autónoma, embora seja também um sistema normativo de resolução de conflitos.

O pluralismo jurídico, dada a sua especificidade, mereceu um reconhecimento singular destacando-se de vários outros sistemas normativos de resolução de conflitos. Assim, o legislador através do n.º 1, do artigo 118º dispõe: “*O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o Direito costumeiro*”.

¹³⁰ A título ilustrativo, se um membro da sociedade contrai matrimónio, este é assumido pela família. Na verdade não se trata de casamento entre duas pessoas mas entre duas famílias. É a família em primeira e última instância responsável pela conduta do filho. É a família responsável pela dívida contraída por qualquer membro desta. A repartição da responsabilidade assume tamanha grandeza ao ponto de ser comum nos membros o facto e a ideia de que se algum membro pede por emprestado um utensílio ou um bem e se faz mal uso deste, a culpa é tanto de quem o emprestou, como de quem o pediu por empréstimo.

As autoridades tradicionais, no contexto do pluralismo jurídico moçambicano, oferecem uma variável *sui generis* e oposta ao pluralismo jurídico interno, aquele que se desenvolve dentro da ordem jurídica estadual.

As autoridades tradicionais oferecem uma variável do pluralismo jurídico que pode ser designada por tradicional oposta à estatal ou seja moderna.

Uma outra caracterização da autoridade tradicional está na sua estrutura étnico-jurídica, onde se desenvolvem várias culturas, designando-se assim por multicultural, contrária à ordem jurídica estadual que se prima por um monoculturalismo congregador.

A autoridade tradicional no exercício dos seus poderes políticos administrativos tem como direitos, de entre outras: o tradicional, linhaceiro, usos e costumes africanos, Direito Costumeiro.

A autoridade tradicional, dada a sua importância e relevo, hoje, nos Estados africanos, independentemente do seu reconhecimento ou não, da sua valorização ou não, tem merecido uma atenção e debates¹³¹ abertos, quanto à sua potencialização e alternativa para a solução de problemas políticos administrativos, que muitos Estados africanos atravessam.

Constata-se que muitos países africanos, principalmente os Estados colonizados, vivem um clima de instabilidade e fraquezas, quer na organização e gestão político-administrativa, quer na legitimação do seu poder junto das populações.

O modelo jurídico, político e económico deduzido da teoria jurídico-política liberal, instalado nestes jovens Estados tem encontrado dificuldades de implantação e sedimentação. Este modelo não encontra uma estrutura de base consentânea com os princípios do sistema e por não tomar em conta os ditames e as especificidades das ordens jurídicas multiculturais – autoridades tradicionais – que lidam com as bases e enraizadas no espírito e vida das populações ao longo dos séculos.

¹³¹ Boaventura de Sosa e Santos enumera alguns dos temas em debates africanos sobre as autoridades tradicionais em África, que são: “ a africanidade e as políticas identitárias; a dupla legitimidade do poder e a patrimonialização do Estado; a sua especificidade e o seu reconhecimento”. Vide, SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos [Org.] (2003) Conflito e Transformação Social: Uma paisagem das justiças em Moçambique, Vol. II, op. cit. p. 530

Boaventura de Sousa Santos, quanto à potencialização das autoridades tradicionais, vai mais longe sugerindo a experiência ou seja a solução encontrada na América Latina com as formas de autogoverno indígenas, afirmando que *“as autoridades tradicionais são um recurso político administrativo africano que seria estultícia desperdiçar. Devem, pois, ser vistas e tratadas como o embrião de uma forma específica de uma democracia participativa...”*¹³².

O pluralismo jurídico em contexto pós-colonial quanto à sua heterogeneidade e litigiosidade, nos países africanos, varia de Estado para Estado, dependendo muito do tipo de modelo de cruzamento escolhido ou seja da ideia do Direito preconizado: modelo monista ou dualista.

A opção do modelo do Direito por cada Estado ditou a estrutura resultante do cruzamento entre o Direito moderno e o Direito tradicional, na construção das novas ordens jurídicas pós-independências.

O grau da coexistência, desenvolvimento e intensidade das ordens e normas jurídicas dentro destes espaços jurídicos estaduais ditam o tipo de pluralismo jurídico que pode ser forte, fraco ou médio. Esta classificação toma em conta as margens ou o campo que a ordem jurídica estadual deixa ou permite para a coexistência das várias ordens jurídicas entre elas e estas com aquela.

Na caracterização do pluralismo jurídico moçambicano pós-independência e do período socialista, o Estado adoptou o modelo ou a ideia do monismo forte, onde as ordens jurídicas infra-estatais foram abolidas.

De acordo com esta posição extrema do Estado socialista, *a priori*, não podia existir o pluralismo jurídico no espaço jurídico estadual moçambicano.

De facto, contrariamente ao que se podia esperar, partindo do pressuposto de que o Direito Tradicional e Costumeiro deixaria de existir e de ter valor jurídico perante o Estado. As suas instituições já não mais podiam ser reconhecidas como instituições sociais pelo Estado. Estas, de facto, foram sempre seguidas clandestinamente de jure à margem do Estado Socialista.

¹³² Ibidem, p. 592.

Esta realidade vem confirmar a posição de John Griffiths quando denuncia o centralismo ou o monismo jurídico dizendo que este é um mito porque assenta numa ideia errada. Para este autor a validade normativa das instituições infra-estaduais não tem que estar subordinadas às leis e instituições do Estado e as normas do Estado são as únicas leis ordenadoras da vida em sociedade¹³³.

O pluralismo jurídico moçambicano no período pós-socialismo – Estado de Direito Democrático – dada as aberturas e reconhecimento do Estado às autoridades tradicionais e aos vários sistemas normativos e de resolução de conflitos, avaliado pela sua intensidade e o grau de litigiosidade nela existente, é classificado como um pluralismo jurídico não fraco e nem forte, mas tendencialmente forte¹³⁴.

O novo Estado democrático de sistema político e económico liberal adoptou a ideia do Direito – modelo dualista tendencialmente forte¹³⁵ pelo facto de o Estado ter reconhecido as ordens jurídicas infra-estatais, concedendo-as uma autonomia em tudo “desde que não contrariem os princípios fundamentais da Constituição”.

¹³³ GRIFFITHS, John, 1986, *What is Legal Pluralism?*... op. cit., p.4.

¹³⁴ Por exemplo, o pluralismo jurídico angolano, decorrente das formas de reconhecimento do Direito Costumeiro e Tradicional, assim como do modelo dualista de forma híbrida sendo classificado por pluralismo ou dualismo de média intensidade. Vide, FEIJÓ, Carlos (2012) *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades...*, op. cit., p. 128.

¹³⁵ A ideia do Direito no Estado da RSA assenta no modelo do monismo moderado fraco. O Estado define regras tendentes a integrar as instituições no aparelho administrativo estadual e o Direito Tradicional é transformado em Direito do Estado. Não obstante, o pluralismo jurídico na RSA assenta num reconhecimento das instituições tradicionais e do Direito Costumeiro pelo Estado como um espaço social autónomo. Todavia, as funções da autoridade tradicional não deixam de estar sujeitas à Lei do Estado, bem como às alterações que a Lei do Estado vier a prescrever. O Direito Costumeiro deve ser aplicado nos Tribunais Estaduais, tendo em conta às demais Leis que a regulam. Cfr., Secs. 211, (1,2,3,) da Constituição Provisória da RSA. O reconhecimento de uma comunidade como tradicional pode ser feita pelo chefe executivo provincial e esta deve preencher dois requisitos; a) estar sujeita a um sistema de liderança tradicional de acordo com os costumes desta comunidade; b) reger-se por um sistema de Direito Consuetudinário. Cfr., Secs. 2 (1) e 2 (2) a) da Constituição da RSA.

1.5. A Reflexão sobre o Pluralismo Jurídico e a Nova Ordem Jurídica Global

A globalização e o desenvolvimento do Direito Internacional projectou novas formas de pluralismo jurídico ou de normas. De acordo com a terminologia de Marcelo da Costa Pinto Neves, estas podem ser designadas por manifestações múltiplas da *forma de Direito*¹³⁶.

No passado recente o fenómeno do pluralismo jurídico estava delimitado aos espaços jurídicos estaduais. Nestes espaços, o estudo e a caracterização do fenómeno desenvolvia-se dentro de duas vertentes, a saber: a coexistência de ordens jurídicas ou normativas dentro do Direito Estadual – pluralismo jurídico intra-estatal e a coexistência das ordens jurídicas ou normativas dentro do Direito não estadual ou não oficial – pluralismo jurídico infra-estatal. Esta manifestação do pluralismo jurídico foi designada por pluralismo jurídico clássico.

Para a percepção deste tipo do pluralismo jurídico entendeu-se caracterizar o Direito em contexto colonial e pós-colonial porque estes apresentam um grau de heterogeneidade e litigiosidade maior em relação às outras realidades.

Hoje, com a emergência da sociedade global, ao lado das ordens jurídicas infra-estatais e intra-estatais, estão a emergir ordens jurídicas supra-nacionais ou transnacionais que coexistem no mesmo espaço com aquelas.

No âmbito dessa pluralidade de formas de Direito, hoje, têm-se desenvolvido códigos de conduta ou boas práticas relativas à ajuda humanitária ou ajuda ao desenvolvimento¹³⁷.

Dentro destas práticas, as organizações humanitárias e as instituições doadoras condicionam o auxílio à observância de certas regras, em diversos domínios, tanto os relativos ao tipo de ajuda prestada como regras gerais de política, de administração, de *accountability*, etc.

¹³⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2009) Transconstitucionalismo, Universidade de S. Paulo, S. Paulo. p. 250.

¹³⁷ Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento, 2 de Março de 2005.

Constata-se que algumas destas normas são normas de Direito Internacional. Outras são normas de Direito Estadual, que os Estados ajudados inscrevem na sua ordem jurídica por pressão das entidades doadoras.

Estas normas, por outro lado, mantêm a sua natureza não estadual – são normas técnicas, boas práticas aconselhadas pelas ONGs, observância de princípios políticos e normas de gestão que, no entanto, algumas são reconhecidas como verdadeiras normas jurídicas, pela administração e até pelos tribunais do Estado ajudado.

Neste sentido, esta normatividade que provém da ajuda constitui um ordenamento jurídico não estadual, no âmbito de uma ordem jurídica pluralista.

Ao reflectir-se sobre as mudanças políticas, económicas e sociais de então, conclui-se que o constitucionalismo não se coaduna e nem se satisfaz só com a estrutura do espaço jurídico estatal (nacional) e sua ordem jurídica.

A ordem jurídica criada por este novo fenómeno – mundialização ou globalização – assenta num constitucionalismo normativo plural, caracterizado pelos espaços infra, intra e supra estatal, ou seja, pelos Estados e actores nacionais e transnacionais, tais como organizações, grupos e associações de cidadãos.

O grande debate, hoje, sobre esta temática descentrou-se do então pluralismo jurídico clássico, onde o Estado ou Direito Estadual impunha-se como o principal, senão mesmo o único sujeito e os outros espaços e ordens jurídicas sujeitas ao integracionismo violento através do fenómeno de absorção, assimilação, recepção ou aculturação jurídica.

Este debate deslocou-se do então pluralismo que emergiu através das reivindicações ou contestações em volta do reconhecimento das identidades étnicas ou de grupos, tais como minorias étnicas, direitos dos indígenas e outros.

O debate sobre esta temática, hoje, toma duas vertentes: uma sobre o protagonismo das instituições e organizações internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio e a sua influência na construção do ordenamento jurídico da sociedade mundial. Outra vertente é a dos blocos económicos e políticos regionais em construção e em franco desenvolvimento, tais como: a União Europeia, ALENA (Estados Unidos de América,

Canada e México), ASEAN (Países de Ásia do Sul do Este), MERCOSUL (Aliança dos países da América latina), CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest) e a SADC (Southern African Development Community).

Na actual sociedade pós-moderna ou global constata-se que, tanto no campo jurídico como no social, as relações que fazem a vida do cotidiano dos cidadãos, dos serviços e bens, não se satisfazem só com as normas estaduais e ou resultantes dos acordos do Direito Internacional.

Os cidadãos e o Estados estão hoje envolvidos dentro de uma teia de relações e de regulamentações que foram se desenvolvendo à margem do legado doutrinário clássico.

O protagonismo da sociedade civil ou dos agentes privados de regulamentação foi tão longe, de tal modo que se pode afirmar que os Estados modernos não são a única expressão do poder social, político e económico.

Hoje, o poder social, política e social dos Estados deve passar necessariamente por uma interação e estreitamento com os actores e agentes que intervêm na ordem social e jurídica da sociedade global, infra, intra e super-estatal¹³⁸. Não obstante, a democratização de um Estado está hoje refém a estas forças vivas da sociedade global.

Brian Z Tamanaha¹³⁹, de acordo com as observações feitas sobre o fenómeno das relações e trocas jurídicas emergentes na globalização, identifica cinco áreas cruciais onde a contribuição da sociedade civil ou dos novos actores de regulamentação conquistaram o espaço sócio-jurídico e impõem-se perante a incapacidade do sujeito do direito nacional e internacional, a saber:

- i) a fragmentação do Direito Nacional e Internacional;
- ii) a concorrência ou o confronto que as normas e instituições das ordens jurídicas estão sujeitas umas contra as outras;
- iii) o surgimento de uma multiplicidade de ordens reguladoras autónomas, privadas e não oficiais;

¹³⁸ PETEV, Valentin (2005) *Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs*, in *Le Pluralisme – Arch. Phil. Droit*, Tome. 49, Ouvrage publié avec le concours du CNRS, Daloz, 2006, p. 15.

¹³⁹ TAMANAHA, Brian Z. (2008) *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, op. cit., p. 30.

- iv) o surgimento ou a criação galopante das “*trans-governmental networks*” fora do controlo directo das agências nacionais ou internacionais;
- v) o fluxo ou o movimento das populações ou comunidades de um canto para o outro no âmbito da globalização¹⁴⁰.

A emergência da sociedade global impôs um novo paradigma jurídico e normativo que ditou a fragmentação do sistema jurídico nacional e internacional.

Os elementos que concorrem para esta fragmentação, de acordo com William W. Burke-White são os seguintes:

- i) a diversificação dos tribunais no âmbito do Direito Internacional;
- ii) o crescimento das normas jurídicas e o potencial conflitos entre elas;
- iii) o acesso cada vez mais elevado dos actores não estatais às jurisdições de fórum internacional;
- iv) a distinção entre a jurisdição e a lei aplicável nos tribunais internacionais;
- v) a expansão rápida do diálogo interjudicial;
- vi) a fusão das formas processuais e das tradições nos tribunais, assim como dos sistemas jurídicos;
- vii) o desenvolvimento dos tribunais híbridos que incorporam os elementos nacionais e internacionais¹⁴¹.

Dentro da conjuntura da nova sociedade global, diríamos que o sistema jurídico internacional não está fragmentado, pelo contrário está a ser transformado num sistema plural¹⁴².

A transformação do sistema jurídico internacional num sistema plural foi alicerçada em parte pelo surgimento das organizações internacionais criadas no âmbito do princípio de especialidade. Pode se tomar por exemplo, como ponto de partida, a

¹⁴⁰ Ibidem, p. 387-389.

¹⁴¹ BURKE-WHITE, William W, *International Legal Pluralism* (2003 – 2004) 25 Michigan Journal of international Law, p.964.

¹⁴² Ibidem, p.963.

ONU, UNESCO, OIT e a OMC que dispõem de órgãos que desempenham as funções administrativas, legislativas e jurisdicionais.

Estas organizações possuem um ordenamento jurídico próprio e gozam de autonomia e personalidade jurídica internacional própria. Estas organizações são umas entre outras organizações e não se confundem com aquelas que nascem do Direito Internacional clássico ou seja do Direito das Gentes.

As organizações transnacionais colocam-se em pé de igualdade com os outros sujeitos do Direito Internacional e em virtude do seu poder constituinte acabam por sobrepor-se aos Estados.

O Direito de cada organização internacional é caracterizado por ser interno e próprio. Este Direito não se confunde com o dos Estados e nem com o das outras organizações congéneres e não é um Direito da mesma natureza do Direito Internacional.

De acordo com José Cretella Neto, “*o direito das organizações internacionais pertence à mesma categoria que a ordem jurídica de todos os demais sujeitos de Direito Internacional*”¹⁴³. Esta realidade vivida na sociedade global pode ser caracterizada por uma paisagem fértil do desenvolvimento do pluralismo jurídico que dia após dia cresce na medida que a sociedade global vai se complexificando.

Constata-se, hoje, na sociedade global, que vários actores privados e não privados que actuam cada uma na sua área vocacional ou de jurisdição criam regras ou normas que garantem o fluxo de vários tipos de relações, quer quanto à troca de bens e serviços, quer quanto à informação e comunicação.

A organização e a funcionalidade destes actores assenta num governo ou corpo político-executivo que cria as normas regulatórias e conta com um tribunal¹⁴⁴ vocacionado para resolver os litígios específicos.

Estes actores não são senão autênticas ordens jurídicas autónomas desvinculadas dos Estados e da ordem jurídica do Direito Internacional clássico.

¹⁴³ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, 3ª Edição, Editora Saraiva, S. Paulo, p. 314.

¹⁴⁴ De entre vários tribunais pode-se mencionar, por exemplo, de acordo com cada área específica: Comércio, Direitos Humanos, Propriedade Intelectual, Direito do Mar, Comunicações e Network, Poluição, etc.

O *modus operandum* destes actores na regulação das relações dos cidadãos quer ao nível vertical e horizontal não deixa espaço para a intervenção dos Estados e organizações internacionais do Direito Internacional clássico.

Portanto, esta realidade fragiliza o poder dos Estados nacionais e das organizações internacionais.

Os novos actores internacionais, dada a sua natureza que, na essência se constituíram em oposição ao poder centralizador dos Estados, como resposta ao desenvolvimento e a globalização, são refractárias à acção centralizadora.

A não existência de uma instituição coordenadora ou reguladora dos vários actores, quanto às suas acções e jurisdições, causa conflitos nalguns casos e em algumas matérias permeáveis, principalmente quanto às matérias são reguladas por mais de uma jurisdição, seguindo interesses diferentes.

A fragmentação criada pela sociedade global jamais encontraria o seu termo mesmo que se voltasse aos velhos mitos da acção coordenadora e centralizadora do Direito Internacional clássico.

Andreas Fischer-Lescano e Gunther Teubner apontam para um certo cepticismo quanto à unificação do sistema jurídico internacional e afirmam mesmo que se fosse possível a criação de uma hierarquia judicial não seria possível superar a forma legal da fragmentação por esta emergir da contradição da própria estrutura social¹⁴⁵.

Estes actores supra-nacionis que actuam como autênticas ordens jurídicas verticais e horizontais, dada a sua autonomia e natureza interventiva, criam hoje uma sociedade profundamente heterogénia, complexa e conflituante.

Portanto, este tipo de pluralismo jurídico emergente na sociedade contemporânea é caracterizado por Valentin Petev, dentro de duas vertentes: por um lado, pela multiplicidade de actores sociais implicados na governança e por outro lado, pela policentricidade dos espaços de produção normativas¹⁴⁶.

¹⁴⁵ FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther, *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*, (2003 – 2004) 25 Michigan Journal of international Law, p. 1007.

¹⁴⁶ PETEV, Valentin (2005) *Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs*, op.cit. p. 15.

A policentricidade dos espaços de produção normativa a nível internacional não é uma realidade nova, vimos por exemplo esta coexistência aquando do Direito Canónico, do *Ius Millitensis* (da Ordem Militar de Malta) e outras.

Estas e outras ordens jurídicas internacionais embora constituídas ao abrigo de uma convenção internacional possuem uma ordem jurídica autónoma, à semelhança de alguns Estados criados a luz dos Tratados Internacionais, o caso do Uruguai e do Chipre.

O fenómeno do pluralismo jurídico na sociedade global pode ser melhor caracterizado com base no paradigma vivido hoje com a evolução e internacionalização das normas dos Direitos Humanos.

Numa primeira análise, o sistema dos Direitos Humanos parece ser coerente ou seja unitário por causa do seu universalismo e o envolvimento dos sujeitos clássicos do Direito Internacional. Todavia, ao debruçarmos sobre o relacionamento das normas e instituições dos Direitos Humanos e a pertinência destas dentro da sociedade e dos povos, caímos na conta da sua heterogeneidade e letigiosidade quer no espaço jurídico estadual quer supra-nacional.

A sociedade global é hoje caracterizada por vários sistemas de Direitos Humanos autónomos, tais como: o sistema universal dos Direitos Humanos; o sistema europeu dos Direitos Humanos; o sistema inter-americano dos Direitos Humanos e o sistema africano dos Direitos Humanos.

Esta realidade oferece um campo fértil para o desenvolvimento do pluralismo jurídico, assim como um espaço favorito para o estudo sobre a relação entre os Direitos Humanos e o pluralismo jurídico. Por exemplo, torna-se mister perceber como os Direitos Humanos encorajam ou desencorajam formas de pluralismo jurídico.

Trata-se de perceber por exemplo, a coexistência, a interlegalidade, a hibridação destes sistemas de Direitos Humanos. Um outro fenómeno ou exemplo elucidativo é o facto recorrente da invocação das normas dos Direitos Humanos pelas ONG e singulares contra o Direito Estadual, Direito Costumeiro e Tradicional¹⁴⁷.

¹⁴⁷ TAMANAHA, Brian Z. (2008) *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, op. cit., p. 387.

No âmbito dos Direitos Culturais ou das minorias, cresce a pressão exercida pelas comunidades ao abrigo dos Direitos Humanos, para a criação de tribunais religiosos dentro dos Estados laicos democraticamente constituídos.

Uma outra vertente, senão a maior, que caracteriza o pluralismo jurídico na sociedade global, como pudemos ver na classificação acima, está relacionada com o surgimento de uma multiplicidade de ordens reguladoras autónomas, privadas e não oficiais.

Dentro desta manifestação do pluralismo jurídico, destaca-se a regulação das actividades económicas cujos actores são as empresas transnacionais. De entre estas empresas ou organizações pode-se destacar, por exemplo, O Banco Mundial (WB), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Mundial do Comércio (OMC), etc. Valentin PETEV caracteriza estas empresas como as que mais se notabilizaram e se impuseram na desespacialização das suas actividades¹⁴⁸.

Estas empresas conquistaram uma grande autonomia na sociedade global, monopolizaram os fluxos económicos, financeiros e tecnológicos em todo o mundo.

Esta regulação constitui hoje um legado incontornável no mundo dos negócios e desempenha um papel primordial nas relações económicas e sociais entre as empresas e os cidadãos em particular.

Estes instrumentos seculares de regulação económica e empresarial a nível mundial designam-se por *lex mercatória*. Não obstante, o desenvolvimento destas normas ditaram a criação de instituições de suporte e funcionalidade, tais como, as jurisdições privadas de resolução de conflitos e para este efeito destaca-se a Organização Mundial do Comércio (OMC) e os tribunais arbitrais internacionais cujas jurisdições variam de acordo com a especificidade de cada uma.

Estas jurisdições arbitrais agrupam-se em função da esfera económica, tais como, transações económicas, internet, organização desportiva, etc.

¹⁴⁸ PETEV, Valentin (2005) *Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs*, op.cit. p. 16.

A grande particularidade do pluralismo jurídico emergente das ordens reguladoras autónomas reside no facto de cada organização transnacional, “*as suas normas, práticas e instituições são auto-criadas pelas partes e pelos seus advogados*”¹⁴⁹.

O desenvolvimento destas normas deve por muito a pressão exercida pelas Organizações não-governamentais (Direitos Humanos, *Trade Unions*, Grupos de Consumidores, *Organization for Economic Cooperation and development OECD*, *Greenpeace*, *Amenistia Internacional*) empresas transnacionais, associações comerciais, sindicatos internacionais, etc.

As novas formas de manifestações do pluralismo jurídico na nova ordem jurídica internacional têm-se desenvolvido através de várias fontes de Direito como as já referenciadas atrás.

Nos últimos tempos e no novo espaço da sociedade global, as ordens jurídicas plurais têm sido largamente alimentadas através de fluxos transnacionais que partem desde a migração económica, transferência de tecnologias e *know-how*, mercadorias, comunicações, capitais, culturas e até migração de pessoas em busca de asilo¹⁵⁰.

Este fenómeno envolve vários sujeitos intervenientes, desde as empresas transnacionais, executivos empresariais, organizações governamentais e não-governamentais, organizações e instituições da ajuda humanitária e de desenvolvimento e vários outros actores privados.

As “*transnational networks*”¹⁵¹ destacam-se nos dias de hoje pela sua capacidade de produção normativa no âmbito de *accountability* ou estabilidade financeira. A sua acção vai substituindo gradualmente as actividades dos Estados.

¹⁴⁹ TAMANAHA, Brian Z. (2008) *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, op. cit., p. 388

¹⁵⁰ GRIFFITHS, Anne (2012) Pluralismo Jurídico, Justiça e Direitos Humanos: Reavaliando o Direito numa Era Transnacional, in KYED, Helena Maria, COELHO, J.P. B., et al, (org), 2012, A dinâmica do pluralismo jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo, p.41.

¹⁵¹ As “transnational networks” são sociedades transnacionais, geralmente compostas por representantes governamentais, representantes das instituições financeiras (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Bank for International Settlements e Organizações Económicas de Cooperação e Desenvolvimento), representantes das várias Agências Reguladoras (Basel Committee, Organizações Internacionais das Comissões dos Seguros, Associações internacionais de Insurance Advisors e International Accounting Standard Board), *experts* dos Bancos Centrais. Para se inteirar dos mecanismos de funcionamentos do Fórum de estabilidade financeira na Regis Bismuth,

A emergência das novas formas de organização estaduais regionais – as comunidades de integração económica – ditaram o surgimento de novas formas de “*trans-governmental networks*” vocacionadas para desenvolver estratégias de regulação aplicáveis a cooperação económica e desenvolvimento dos seus Estados membros, para lidar com as economias degradadas, a integração financeira, a harmonização dos várias normas, para uma melhor e maior interdependência¹⁵².

Paul Schiffs BERMANO caracteriza estas “*trans-governmental networks*” como instância independentes que não perfilham o modelo clássico das organizações internacionais. Estas não são constituídas por Estados e nem por Tratados internacionais, não gozam de personalidade jurídica específica e não possuem uma sede¹⁵³.

O Estado e o seu legislador, face a esta contingência transnacional, acabam por ser capturados, nacionalizados e descentralizados legislativamente.

Este fenómeno ditado por este novo paradigma faz com que as tradicionais fontes e os órgãos legiferante outrora pertencas do Estado sejam transpostos e substituídos por novas fontes impostas por “*transnational networks*”.

O Estado face a esta nova realidade vê a sua soberania diminuída ou transferida para o novo sujeito regulador – as *networks* – quer a nível nacional, quer a nível internacional.

Este fenómeno diminui o poder legiferante genuíno dos Estados, dada a sua fragilidade social, política e económica e sobretudo pela sua incapacidade de produzir riquezas para lograr uma estabilidade política e financeira.

Os Estados vêm-se na contingência de acomodar outros modelos e fontes de Direito, tais como o das “*transnacional networks*”, garantindo assim a sua elegibilidade para beneficiar da ajuda internacional humanitária e de desenvolvimento.

Este fenómeno emergente das “*transnational networks*” que, *à priori*, constitui uma grande interferência nas ordens jurídicas estaduais quanto à racionalidade jurídica

vide, Le systeme international de prevention des crises financieres, 134 Journal de Droit International, 57, 68 (2007) (Fr.)

¹⁵² BERMAN, Paul Schiffs, *From International Law to Law and Globalization* (2005) Columbia Journal of Transnational Law, Vol., 43, pp.502.

¹⁵³ Ibidem., p. 502.

dos Estados e das organizações do Direito Internacional clássico, tornou-se o epicentro de desenvolvimento do pluralismo jurídico na sociedade global.

Neste espaço, as normas sobrepõem-se uma sobre às outras, dentro de um policentrismo diversificado de fontes de Direito. Por outro lado, as *networks* têm sido projectadas como uma plataforma de viragem do modelo de gestão e do governo, de provedor para *corporate governance*.

Paul Schiffs Bermano quando caracteriza positivamente o papel das “*trans-governmental networks*” na sociedade global e no desenvolvimento do pluralismo jurídico, não omite a outra face negra e desumana que as “*transnational networks*” têm sido hoje expostas.

Coexistem hoje na sociedade global diversos tipos de *networks* que podem ser agrupadas, de entre outras, por nacionais (estaduais e privadas) e transnacionais (governamentais e não-governamentais).

Um dos riscos eminentes e à espreita nas actividades das *networks* governamentais, aquando da regulação, prende-se com a sua transparência que pode ser influenciada e as suas políticas de *accountability* viciadas.

O outro risco que não se pode excluir, prende-se com os interesses dos Estados economicamente dominantes que podem “*capturar*” o poder das *networks*, por exemplo, as *stakeholders* podem ser influenciadas na regulação das indústrias.

O pior e o maior dos maiores riscos, prende-se com a emergência das *networks* privadas ou camufladas no âmbito da sociedade civil, que surpreendem o mundo com as *transnational networks* terroristas, tais como, a Al Qaeda, as *networks* conotadas com o tráfico humano e as vocacionadas ao desenvolvimento do comércio global de narcóticos¹⁵⁴.

A sociedade global é caracterizada por um crescente e intenso fluxo migratório, troca de bens e produtos e sobretudo de informação e comunicação.

A livre circulação de bens e serviços ditou o fluxo ou o movimento das populações ou comunidades de um lugar para o outro. Este fenómeno migratório é tido hoje como

¹⁵⁴ Ibidem., p. 506

uma plataforma de desenvolvimento de várias ordens jurídicas nos espaços ou Estados de acomodação.

Os emigrantes (refugiados, asilados, assalariados, etc.) uma vez nos países de destino formam comunidades de acordo com as suas culturas e usos e costumes. Estes no seu relacionamento comunitário regulam-se pelas suas normas tradicionais, quer religiosas quer costumeiras de origem.

Ihsan Yilmaz retrata a realidade dos emigrantes muçulmanos na Inglaterra que na sua convivência comunitária colocam o seu Direito acima do Direito do Estado do acolhimento.

Os cidadãos muçulmanos nas suas relações com a sociedade apelam o Direito Britânico ou o Direito Muçulmano oficial, ou seja, o reconhecido pelo legislador. Não obstante, nas suas relações dentro da comunidade regulam-se através do Direito Muçulmano não oficial, precisamente naquelas matérias não conflituantes.

Estes cidadãos, por exemplo, quanto ao casamento e divórcio regulam-se com base nas regras do Direito Muçulmano e o Costume. Estes, de acordo com as suas regras, continuam a praticar a poligamia embora o Direito Britânico proíba.

Os cidadãos muçulmanos no seu cotidiano regulam-se através de dois Direitos: o Direito oficial, naquilo que lhes favorecem e, o direito muçulmano não oficial naquilo que o Direito oficial não permite¹⁵⁵.

Estes cidadãos, na essência, vivem sob influência de duas jurisdições em simultâneo, a do Direito Estadual dos seus países de origem e a do Estado de acolhimento.

Esta realidade, por um lado, cria uma sobreposição das normas jurídicas dentro do mesmo espaço jurídico e conseqüentemente, os eminentes conflitos. Por outro lado, a mobilidade das pessoas permite uma circularidade das ordens jurídicas e normativas entre os vários espaços da sociedade global, desenvolvendo assim um pluralismo transnacional.

¹⁵⁵ YILMAZ, Ihsan, *The challenge of post-modern legality and muslim legal pluralism in England*, Journal of ethnic and migration studies, Vol. 28, No.2, 2002, p. 343.

1.6. Uma Construção Jurídico-Teórica adequada ao Pluralismo Jurídico e as Ordens Jurídicas Plurais – O realismo de Herbert L. Hart

Herbert Hart define o Direito como *“aquilo que se observa que os juizes e outras entidades (estaduais) encarregues de aplicar o Direito reconhecem como tal”*. Este através da sua obra o “Conceito de Direito” emerge dentro do positivismo jurídico de então e transpõe as barreiras dogmáticas e abre-se ao realismo na tentativa de explicar o Direito em todas as suas vertentes e polissémicas.

Esta singularidade e visão de Hart abre as portas a uma nova ideia ou conceito sobre a teoria pluralista de Direito, não só no sentido tradicional de teoria das fontes mas para uma abordagem realista do Direito contemporâneo.

Com o pensamento de Hart o Direito ganha uma nova dinâmica, quando este conclui que as normas do Direito positivo não fazem por si só Direito mas que este não é nada mais e nada menos que uma constelação de normas de índole diversa que não se excluem mas que se constelam e fazem um todo uno e diverso dentro do mesmo espaço jurídico e cultural.

Hart ao assumir o realismo dentro desta visão constelativa não privilegia umas em relação a outras normas. Este parte da perspectiva positivista do Direito e das suas normas e reveste-as de um realismo aristotélico. As normas primárias e secundárias consubstanciam-se e desembocam naquilo que ele designa por normas de reconhecimento.

Hart ao analisar os efeitos das normas jurídicas, parte dos seus efeitos (internos e externos) dentro da sociedade e auto-transcende-se delas para estabelecer o critério do seu reconhecimento.

Estes critérios de reconhecimento afiguram-se como garantias de validade e credibilidade nessa dada sociedade. Estes critérios podem hoje ser reconhecidos como substratos para o reconhecimento de vários espaços jurídicos na sociedade globalizada.

Hart, intuitivamente, muito antes do surgimento da sociedade global, ao olhar para a variedade das fontes de Direito existentes conseguiu alargar a visão ao admitir que estas não subordinam e nem limitam os critérios de identificação do Direito a uma estrutura *top-down* preconizado por Hans Kelsen.

Para Hart, as regras de reconhecimento são mais complexas e os critérios de identificação do Direito são múltiplos¹⁵⁶. Daí que o Direito deve ser entendido *como arranjo observável de normas reconhecidas pelos tribunais, pela burocracia e pelos cidadãos*¹⁵⁷.

Portanto, ao olharmos hoje para o pluralismo jurídico, concretamente na sociedade globalizada, os vários espaços, implícita ou explicitamente, vão buscar os seus fundamentos e justificação dentro desta abertura de multiplicidade de regras de reconhecimento estabelecidas por Hart.

Hoje ao criar-se ou constituir-se um espaço jurídico têm-se o cuidado e a atenção destas normas, não bastando para tal o seu formalismo e a eficácia, mas o seu reconhecimento - a sua adequação a vontade dos constituintes e ou dos grupos profissionais, corporações, comunidades ou povos. De facto é no reconhecimento da vontade destes que o Direito fundamenta-se e legitima-se.

O grande mérito e o pioneirismo de Hart reside na sua abertura, aquando da análise dos factos, de tal forma que ao estabelecer as normas de reconhecimento tomou como fonte os elementos jusnaturalistas, positivistas e realistas.

Dentro do positivismo, por exemplo, ficou muito claro a sua asserção de que uma norma é válida se ela reúne determinados requisitos ou quando passou por todos os testes facultados pelas regras de reconhecimento.

Todavia, Hart, em parte, considera incorrecta esta teoria na medida em que se pode observar só o seu carácter interno, isto é, estas só poderão ser válidas para aqueles que as instituíram (ex: jogadores de críquete).

¹⁵⁶ HART, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. London: Oxford University Press, p. 112.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p. 122.

Esta abrangência e riqueza doutrinária de Hart faz que todos os espaços infra, intra e supra-jurídico estejam reflectidos e salvaguardados.

Esta realidade abre o espaço para o desenvolvimento de uma teoria pluralista de Direito.

Embora alguns critérios apresentados por Hart na identificação do Direito já não respondam à evolução da sociedade e o seu Direito - dada a variedade das fontes de Direito - ao olharmos para a mundividência jurídica, constata-se que a diversidade de normas na sociedade globalizada não coaduna com o exclusivismo do poder estadual legiferante (órgão estadual reconhecedor).

Estas normas são oriundas de grupos profissionais, organizações governamentais e não-governamentais ou semi-governamentais, entidades não estaduais e preferencialmente normas de entidades autónomas, desde que sejam de consenso para todos os interessados na relação jurídica regulada (os acordos colectivos).

Olhando para a evolução normativa na sociedade globalizada onde se une e valoriza todos os intervenientes na relação jurídica (Estados, privados e entidades público-privadas), o realismo de Hart antecipou esta concepção contemporânea e globalizante, tornando-se um positivismo inclusivo e adequado a uma ordem jurídica complexa, pluralista e dinâmica.

Este pluralismo jurídico visionado pelo pensamento de Hart, dentro da sua teoria, extrapola a observação empírica e qualitativa tradicional.

Este entendimento sobre o pluralismo jurídico adequa-se à realidade vivida e caracterizada dentro da autoridade soberana do Estado/nação e onde prevalecem distintos sistemas jurídicos ou subsistemas independentes politicamente.

A evolução da sociedade evoluiu com o próprio direito ao ponto do pluralismo, hoje, ser aceite como uma característica ou apanágio de todas as sociedades. Este não se circunscreve só aos Estados em desenvolvimento ou colonizados.

O realismo pluralista de Hart já apregoava esta abrangência e distanciava-se do modelo clássico da ordem normativa, onde os sistemas jurídicos e instituições podiam conflitar e sobrepor-se, embora dentro de um monismo lógico de supremacia normativa.

O pluralismo genuíno atenta a várias ordens jurídicas num dado território, onde cada uma impõe a sua supremacia em relação às outras e cuja validade jurídica e identidade não dependem de nenhuma estrutura ou norma superior para ser reconhecido como Direito.

O reconhecimento do Direito nesta perspectiva pluralista não depende da sua conformidade com uma norma vigente ou a sua promulgação por um soberano ou comando (Estado).

A ordem social costumeira para adquirir o estatuto de norma jurídica não precisa de passar por este processo ou formalismo.

Hart, a este propósito, dentro do seu “positivismo inclusivo”, distancia-se do positivismo “*top-down*” da teoria do Direito quando admite que a chave da jurisprudência não está nas mãos do comando ou do soberano mas na aceitabilidade dos membros de um grupo a essa norma.

Esta concepção pluralista faz que a criação das normas, embora não se distanciando do poder do soberano, encontre na prática costumeira a base fundamental do sistema jurídico.

O conceito de Direito assim definido e caracterizado por Hart coloca-se dentro da estrutura “*down - top - down*” do pensar o Direito. O Direito não se circunscreve só na voz de comando ou soberano (Estado/nação) mas também da ordem social costumeira.

De acordo com Hart, pode-se falar de sistema jurídico (Direito) todas as vezes que deparamos com a conjugação entre regras primárias e secundárias¹⁵⁸. Todavia, a união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico mas não é o todo, devendo-se acomodar elementos de uma natureza diferente¹⁵⁹.

Assim definidos os eixos do Direito e sua caracterização, não se pode ter um outro entendimento, senão aquele sustentado por António Hespanha quando conclui que a abertura e o dinamismo do pensamento de Hart quer pelo rigor do seu raciocínio quer “*pela adequação da sua teoria a uma teoria pluralista do Direito que não se arrisca a*

¹⁵⁸ Ibidem., p. 91.

¹⁵⁹ Ibidem, p.109.

cair na indiferenciação e numa excessiva insegurança do Direito”¹⁶⁰ é um realismo íntegro.

¹⁶⁰ HESPANHA, António (2008) Textos disponibilizados nas aulas de Doutoramento FDUNL e ISCTEM.

Capítulo II – Globalização e os Estados Pós-Nacionais

O debate do multiculturalismo ou etnicidade em torno da questão sobre se um grupo particular e ou um espaço social constrói também um espaço jurídico levou à constatação da existência de espaços diversificados que tomam o epicentro o Estado.

Deste centro desenvolveram-se vários outros espaços e ordens jurídicas, a saber, o local ou infra-estadual, supra-estadual ou seja o internacional, transnacional, supranacional e o de integração regional e o da sociedade mundial.

As formas tradicionais de organização social evoluíram para um pluralismo étnico cultural que não encontrou o seu desenvolvimento dentro da primazia dada ao Estado/nação.

O Estado/nação, tendo em conta a sua característica unificadora, foi ao longo dos séculos uma alternativa viável para a criação de uma ordem social e jurídica mais coesa e centralizadora.

Esta forma de ordem social e jurídica foi ao longo da história objecto de muita doutrina e manuais, entre nós podemos apontar alguns reflexos, citando por exemplo, Marcelo Caetano que caracteriza o Estado/nação como o primeiro sujeito da política e Direito Internacional¹⁶¹.

Com o Estado nasce uma constituição assente em dois grandes pressupostos: congregadora da diversidade étnico-cultural, controladora e limitadora do poder. Uma constituição que se pretenda salvaguarda dos Direitos Humanos ou fundamentais.

Assim plasmada a constituição, dada a crescente diversidade étnico cultural, cedo depara com um problema de base insolúvel que consiste na garantia destes Direitos nesta

¹⁶¹ O Estado Moderno surgiu na Europa com a Idade Moderna, sobre as ruínas do feudalismo. Teve por base o desenvolvimento da economia mercantil e a libertação das sociedades civis do domínio temporal da Igreja e assentou na concentração do poder nas mãos do príncipe e no despertar da consciência nacional. Vide, CAETANO, Marcelo (2003) Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 6ª Ed. Almedina, p.122.

sociedade complexa e heterogénea. Esta contingência faz com que o Estado prime por um integracionismo violento justificado e legitimado pela então *demokratia*.¹⁶²

O conceito de legitimidade e democracia é pertença da tradição jurídica romana que encontrou os seus alicerces nas *respublicas christianas* e nos principados¹⁶³, bases dos primeiros Estados modernos.

A evolução deste conceito encontrou vários expoentes, podendo-se destacar de entre outros, o contributo de Max Weber quando este passou a ser aferido em função das razões ou motivos subjacentes para o acatamento do poder¹⁶⁴.

Com a formação das instituições liberais e democráticas, o Estado passa a ser definido com base em elementos jurídicos por se entender antes ser uma realidade social e política.

A composição do Estado já não perfilha a tríade clássica (território, povo e poder) passando a possuir muitas vezes só a unidade jurídica.

Com o surgimento do iluminismo, época por excelência da razão e do racionalismo essencialmente humanista e antropocêntrico, dá-se a sedimentação dos alicerces do poder político que se transformou num paradigma da legitimidade jurídico-política no Ocidente.

Concomitantemente, com o contratualismo liberal de Voltaire - em que os cidadãos abdicam de uma pequena parcela da sua liberdade para que possam desfrutar da restante parte em segurança – funda-se e legitima-se o poder, o *quantum* de restrição necessária para salvaguarda da ordem de liberdade.

Finalmente, com a grande movimentação no tocante a declaração de direitos fundamentais¹⁶⁵ comuns a todo o homem que culminaram com a *Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão* proclama-se a dignidade e igualdade humana perante a lei, de

¹⁶² GOUVEIA, Jorge Bacelar, O Princípio Democrático no Novo Direito Constitucional Moçambicano, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol.36, 1995, p.463.

¹⁶³ CAETANO, Marcelo (2003) Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, op. cit. p.122 e ss.

¹⁶⁴ WEBER, Max (2005) Três tipos de poderes e outros escritos, (Tradução de Artur Morão), Tribuna, p.19.

¹⁶⁵ Movimentações que encontraram o ponto de partida na Magna Carta de 1215, a Petição de Direitos (1628), Bill of Rights (1689), a Declaração dos Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 18 de Agosto de 1789.

liberdade de pensamento e de governo democrático que são hoje considerados os princípios básicos de ética política e social do nosso tempo.

Este fenómeno consciencializou e mobilizou política e juridicamente os cidadãos quanto ao problema da legitimidade e da democraticidade das decisões que afectam os seus direitos e liberdades.

Portanto, o conceito de legitimidade democrática é coevo ao Estado/nação. Com a entrada em *crise* do Estado/nação¹⁶⁶, a partir dos meados do século XX, o conceito de legitimidade começa a ganhar novos contornos.

Philippe Schmitter, viria a definir a legitimidade como sendo a “*expectativa partilhada entre actores numa combinação de poderes assimétrico em que as acções daqueles que governam são aceites voluntariamente por aqueles que são governados, porque estes últimos estão convencidos de que as acções dos primeiros são conforme as normas pré-estabelecidas*”¹⁶⁷.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, assentam a legitimidade democrática sobre três pressupostos fundamentais: o princípio da soberania popular; o princípio da representação; o princípio da democracia semidirecta (participativa)¹⁶⁸. Para estes autores a soberania popular é o princípio fundador do poder, isto é o que legitima democraticamente e efectiva o exercício do poder.

Esta convicção legitimadora, a título de exemplo, está consagrada na Constituição Portuguesa (CRP) no artigo 1.º e 2.º, dispondo que a República e o Estado de Direito Democrático está baseado na *vontade popular*, isto é na *soberania popular*.

De acordo com o legislador português a legitimidade democrática fundamenta-se na soberania do povo e com o povo (artigo 108.º, da CRP). Todavia, esta consubstancia-

¹⁶⁶ Com o surgimento dos sindicatos e grupos industriais, a sociedade das nações, organizações internacionais e as instituições de Bretton Woods, o Estado/nação começa a não responder adequadamente às exigências da soberania. Vide, REBELO, Marta (2005) Constituição e legitimidade social da União Europeia, Almedina, p.23.

¹⁶⁷ SCHMITTER, Philippe C. (2000) “*O que há para legitimar na União Europeia e como poderá isso ser feito?*”, in Cidadania e novos poderes numa sociedade Global, Fundação Calouste Gulbenkian, Publicações Dom Quixote, pg.63

¹⁶⁸ CANOTILHO, J.J. e Moreira Vital (1991) Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, p. 78 e ss.

se através da participação directa e activa dos cidadãos na vida política (artigo 109.º, da CRP).

Portanto, é através do acto eleitoral que o cidadão legitima e consolida o poder, democratizando-o quer através da forma representativa quer da forma participativa. Portanto, a soberania popular torna-se o princípio fundador do poder, isto é o que legitima e efectiva o exercício do poder democrático.

Com o desenvolvimento das organizações do Direito Internacional Público aliados ao fenómeno da globalização e com as novas formas de organizações comunitárias, tornou-se mais claro e evidente a incapacidade das entidades estaduais em alcançar por si sós os três valores¹⁶⁹ almejados pelos Estados tradicionais.

Esta nova realidade inevitável empurrou os Estados a um novo relacionamento e a uma nova cooperação, assim como uma nova “*comunidade jurídica com poderes públicos e uma ordem jurisdicional autónomos*”¹⁷⁰.

É dentro desta nova realidade que Francisco Lucas Pires surge com uma nova concepção do conceito de legitimidade que passa por “*um maior sentimento comunitário, uma disposição cultural e moral partilhada e suficientes garantias de direitos iguais*”¹⁷¹.

A legitimidade hoje é classificada dentro de duas vertentes: i) *legitimidade social* - que passa pela identificação do povo com a forma de governação de uma instituição; ii) *legitimidade formal* – que passa pela democraticidade interna numa instituição, isto é a sua representatividade¹⁷².

David Beetham e Christopher Lord caracterizam a mesma legitimidade numa perspectiva institucional e normativa: i) legitimidade indirecta – “*baseada no modelo das instituições internacionais, derivada, por um lado, da legalidade, e do reconhecimento*

¹⁶⁹ No Estado/nação, estes valores seriam a segurança, a justiça e o bem-estar social.

¹⁷⁰ BADURA, Petter (2004) “A Identidade Nacional dos Estados Membros na Constituição da Europa”, Uma Constituição para a Europa, Almedina, pág.74.

¹⁷¹ PIRES, Francisco Lucas (1997) Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Almedina, pág.61.

¹⁷² REBELO, Marta (2005) Constituição ... op.. cit., pág. 30.

por parte de outras autoridades legitimadas”; ii) legitimidade directa - “*baseada na legitimidade democrática da validação e legitimação normativa*”¹⁷³.

Portanto, a legitimidade das organizações do Direito Internacional Público é caracterizada como legitimidade formal ou indirecta de acordo com a classificação descrita acima.

Esta legitimidade funda-se na legalidade e no reconhecimento de autoridades legitimadas – os Estados-membros – e circunscreve-se dentro da democraticidade interna das instituições internacionais.

Este modelo de legitimidade envolve fundamentalmente os Estados e é determinado muitas vezes por regras de Direito instituídas. As novas organizações internacionais de integração – União Europeia, Mercosul, União Africana, Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC¹⁷⁴) – a sua estrutura e natureza funcional diferem por muito das organizações do Direito Internacional Público. Nestas últimas, o sujeito principal é o Estado, enquanto aquelas envolvem directamente os Estados e os cidadãos/povos.

Para o caso concreto, por exemplo, a União Europeia dentro dos seus objectivos¹⁷⁵ distancia-se de uma organização internacional do modelo clássico e não se coloca dentro de uma federação de Estados.

Embora o Tratado da União Europeia não defina claramente o que é a União, dispõe no seu artigo 1.º que a “*União funda-se nas Comunidades Europeias... e tem por missão organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-membros e entre os respectivos povos*”.

Gomes Canotilho viria a caracterizar a União Europeia como “*a complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos Estados integrados na União...*”¹⁷⁶.

¹⁷³ BEETHAM, David e Lord, Christopher (1998) *legitimacy and European Union*, Longman, pág. 22, citado por Rebelo, Marta (2005) *Constituição ... op. cit.*, pág. 31.

¹⁷⁴ Sigla em Inglês (South African development Community)

¹⁷⁵ Vide, Artigo 2.º, do Tratado da União Europeia.

¹⁷⁶ CANOTILHO, Gomes J.J. (2002) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Edição, Almedina, pág. 1324.

A União Europeia está edificada sobre a soberania dos Estados-membros e soberania dos povos europeus (cidadãos). Portanto, a sua legitimidade deve ser encarada dentro de duas vertentes: legitimidade indirecta e directa. Legitimidade indirecta e directa porque a legitimidade indirecta baseada nos modelos de instituições internacionais, por si só é insuficiente, tendo em conta as instituições e decisões investidas de autoridade da União Europeia.

A legitimidade directa por si só seria insuficiente, tendo em conta ao processo decisório da União Europeia. Portanto, a União Europeia de acordo com a sua arquitectura, a sua legitimidade deve ser encontrada nos Estados-membros e nos povos europeus, isto é a legitimidade democrática e legitimidade social.

Tendo em conta que a arquitectura da União Europeia assenta nos Estados-membros e nos povos europeus, a democracia supranacional adjacente circunscreve-se dentro de duas legitimidades e duas soberanias: por um lado a legitimidade e soberania dos Estados-membros e por outro a legitimidade e soberania dos povos europeus¹⁷⁷.

Para a solução deste problema não só são chamados outros Estados ou constituições, ou seja outras ordens jurídicas estatais mas também não estatais.

Esta plataforma de solução do problema abre uma nova dinâmica integracionista. As relações entre Estados ou ordens constitucionais fazem que o seu envolvimento faça prevalecer soluções que vão contra as respectivas ordens estatais¹⁷⁸.

Assim sendo, a Constituição, embora pertença do Estado, para a sua constituição envolve ordens e actores constitucionais de outros espaços.

O equilíbrio que se pretendia alcançar pelo Estado para lograr o bem-estar de todos, ou seja, o cometimento entre o princípio universal e os valores particulares ficou de longe e não pode ser alcançado pela política integracionista do Estado.

O que se pode constatar ao longo destes séculos é o facto de que a constituição fundada na base de um “*citoyen universal*” não conseguiu lograr os seus objectivos numa sociedade multicultural¹⁷⁹.

¹⁷⁷ MARTINS, Guilherme D’Oliveira (2004) O Novo Tratado Constitucional Europeu, da Convenção à CIG, Gradiva, p. 15.

¹⁷⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2009) Transconstitucionalismo... p. Xv.

A única alternativa viável para a solução do problema, em prova, é o modelo de integração, não no âmbito do Direito Internacional público clássico, mas dentro do modelo do constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional.

Na verdade, é o transconstitucionalismo que se apresenta como modelo e solução para problemas de relacionamento entre ordens jurídicas do sistema jurídico hierárquico da sociedade mundial¹⁸⁰.

Ao nível mundial, os movimentos integracionistas regionais¹⁸¹, assentes no transconstitucionalismo, ao estabelecer formas de organização política, económica e jurídicas regionais, supranacionais e transnacionais dentro da soberania partilhada, colocam os Estados fragilizados perante a mundividência do Direito Internacional Público clássico¹⁸².

O modelo assumido pelo Estado liberal ficou caracterizado pelas suas regras que fazem do espaço territorial o epicentro de toda a acção e relação, colocando de lado a realidade multicultural, pessoal e individual. Este modelo faz que as regras sejam universais, transpostas a todos espaços, tais como, clãs, etnias, tribos, classes, castas, famílias alargadas e membros das confissões religiosas.

Nasce um Estado centralizador e unificador. Um Estado onde os direitos e obrigações são partilhados não em função das suas crenças ou usos e costumes, mas como parte ou contraparte de um contrato social, excluindo todo o subjectivismo peculiar de cada espaço.

Para o funcionamento deste novo modelo universalista, urge a criação de uma estrutura e instituição que garanta a imposição inflexível de normas e procedimentos.

O Estado moderno para se impor e garantir a unicidade não se livrou de um instituto clássico do Direito Romano, o processo inquisitório que funcionou como um catalizador na conversão e substituição dos diversos espaços sociais e jurídicos locais pelo Direito oficial. Para o efeito, o tribunal como órgão de protecção, para sua

¹⁷⁹ Int'l J Con Law, Vol. 4. n. 3 (Jul 2006) p. 579.

¹⁸⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2009) Transconstitucionalismo, op. cit. p. 115.

¹⁸¹ União Europeia, Mercosul, SADC, CEDEAU.

¹⁸² HESPANHA, António (2009) Caleidoscópio do Direito, op.cit. p. 29.

eficiência, hierarquizou-se para assegurar a aplicação das normas do poder centralizado até ao clã, criando para o efeito os tribunais locais.

Assim estabelecido o Direito oficial, este foi-se fortificando com a criação da doutrina e jurisprudência. Esta doutrina e jurisprudência aplicadas as diversidades étnicas e culturais acabou por se descaracterizar pela inoperância e incongruência de todo o formalismo e tecnicismo jurídico. Não obstante, o Estado unificado para garantir a unidade primou-se pelo dogmatismo jurídico e legiferante.

A fonte ou base legitimadora do Direito deslocou-se do grupo ou opinião local e centralizou-se na vontade individual ou colectiva. Daí que a lei, não encontrando o suporte da complexidade multicultural, ou seja, nos valores culturais e autóctones ou de grupos tornou-se uma realidade vazia e abstracta. Por esta razão, a norma deixa de ser o reflexo do fenómeno social intrínseco e extrínseco¹⁸³.

O Estado unificado ao longo da sua imposição e afirmação como o único modelo capaz de responder o almejado desejo do povo – a paz e o bem-estar social – com o fenómeno da globalização não se deixou descaracterizar, antes reformou-se e potencializou-se para melhor responder aos novos desafios e melhor servir o cidadão.

Hoje, com o desenvolvimento tecnológico, os fenómenos complexos e controversos, tais como a criminalidade transnacional e o terrorismo que se afiguram impossíveis de serem combatidos só por cada Estado particular e isoladamente, conduziu aos Estados a adoptarem novas estratégias.

Eis que surge novas formas de organização social do Estado - supra, infra e transnacionais - que se impõem para responder os desejos não conseguidos pelo estado clássico – bem-estar social, segurança e problemas de Direitos Humanos e fundamentais, de controlo e limitação do poder.

O Estado nesta sua nova caracterização, para adequar-se a esta novo paradigma, emancipa-se e retrata-se. Nesta retratação, não deixa de desempenhar as suas funções para que fora criado. Este, procura reunir sinergias para responder os problemas

¹⁸³ GALANTER, Marc, A Modernização do Direito in CARBONNIER, Jean (1979) Sociologia Jurídica, p. 216.

constitucionais básicos que só podem encontrar solução numa relação transversal permanente com as outras ordens jurídicas nacionais¹⁸⁴.

A globalização e a mundialização descentralizaram o espaço jurídico nacional (estadual) outrora epicentro de toda a mundividência.

A experiência da unificação dos Estados quer no continente europeu quer nas Américas, assim como a experiência das alianças que serviram de plataforma para a constituição dos blocos, não tinha como protótipo a solução da crise e fracasso do modelo de então – Estado/nação.

A história conseguiu provar os verdadeiros objectivos da então unificação que visavam o protagonismo bélico e o suporte as guerras frias.

A globalização fez reerguer um espaço de integração regional e supranacional, onde o Direito não encontra a sua base no legislador constituinte mas como acto de Direito supranacional derivado, sobre as constituições dos Estados membros.

Para o efeito, os Estados abdicam da sua tradição jurídica ao aceitar a substituição da precedência da lei pela precedência de regulamento ou directiva em matéria legislativa.

Esta prerrogativa confere o primado do Direito Supranacional face ao Direito Nacional. Dada a delicadeza e especificidade do instituto soberania, a sua transferência embora limitada e ou delegada passou por inúmeras vicissitudes entre acórdãos e referendos¹⁸⁵.

O espaço de integração regional supranacional nasce com objectivos concretos e atribuições bem definidas – suprir o constitucionalismo que o Estado/nação não conseguiu lograr.

Com este novo espaço nasce uma nova relação espacial em supra e intra-estadual. Descentra-se a relação clássica entre o ordenamento do Direito Internacional e Nacional.

¹⁸⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2009) Transconstitucionalismo, op. cit. p. xv.

¹⁸⁵ A questão sobre a transferência do exercício de poderes e soberania encontrou momentos de clivagens e desconfianças por parte dos espaços nacionais e do cidadão em particular – o medo em perder o gozo e exercícios dos poderes – por se entender ou interpretar que uma vez transferida a soberania não existirá a possibilidade de a reaver na verdade, esta transferência abre a possibilidade de recesso, de acordo com o artigo I-60 do então Tratado Constitucional.

O Estado deixa de ser tratado como o único sujeito do Direito Internacional. Dá-se a abertura e alargamento do sujeito para outros espaços e agentes nacionais e internacionais ou supranacionais.

Esta abertura ou descentramento do espaço internacional e nacional surge como um pivô para a garantia e eficácia do espaço jurídico global.

Esta nova realidade jurídica suplantou a tradicional relação de cooperação jurídica entre os espaços nacionais e estabeleceu a relação de integração entre diferentes espaços e sistemas jurídicos.

Desta relação surgem novos princípios que até então o Direito Internacional clássico não conseguiu estabelecer, tais como, o princípio do primado; o efeito directo e do adquirido; a complementaridade e a subsidiariedade.

Segundo André Gonçalves Pereira, “*O primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno traduz uma condição essencial na própria existência do Direito Internacional*”¹⁸⁶.

Parafraseando Nuno Piçarra, a norma comunitária prevalece sobre toda e qualquer norma do Estado-membro (mesmo a Constitucional) não porque lhe seja superior, mas porque é materialmente competente para regular o litígio concreto.

A relação entre o Direito Comunitário e os Direitos dos Estados-membros constrói-se com base no princípio de competência atribuída e por referência ao princípio da colaboração ou complementaridade funcional de ordenamentos autónomos e distintos¹⁸⁷.

Embora o problema do primado nos remeta a uma estrutura monista apanágio dos espaços intras, na essência os espaços nacionais têm a prerrogativa de não aplicar o

¹⁸⁶ PERREIRA, André G. e QUADROS, F. de (2000) Manual de Direito Internacional Público, op.cit. p. 92.

¹⁸⁷ Ponto de vista de Nuno Piçarra, quanto ao primado das normas, proferida no Seminário de Direito Constitucional Europeu, 7º Programa de Doutoramento, Faculdade de Direito da UNL, 2007.

Direito da Integração com fundamentos constitucionais¹⁸⁸, desde que a identidade nacional constitucional esteja em causa¹⁸⁹.

Assim equacionado o primado abre-se o espaço para o reconhecimento das particularidades de cada espaço.

O transconstitucionalismo não possui o primado do primado, este é construído a partir da competência atribuída por cada espaço. Daí que no espaço de integração regional ou supranacional os princípios de efeito directo e do adquirido, complementaridade e da subsidiariedade constituem pressupostos inequívocos e plataforma de edificação do Direito Comunitário ou de integração.

Na União Europeia, por exemplo, o princípio da subsidiariedade permite um movimento vertical e transversal de sinergias. Este vai desde a consulta as comunidades sobre os instrumentos a adoptar até a implementação de directivas ou decisões do Conselho ou decisões quadros. Por exemplo, no âmbito da regulação laboral, as negociações colectivas devem passar pelos sindicatos locais, criando uma autonomia destas face aos governos.

Não obstante, o espaço da integração regional supra nasce ou estabelece-se através da harmonização e não da unificação dos espaços nacionais à semelhança dos estados federados ou unidos.

De tudo o que foi exposto e discutido só uma realidade prevalece: o fenómeno da globalização é irreversível. A profecia de K. Marx quanto à evolução da sociedade, embora assente na análise sócio-económica, não encontrou a sua realização plena por estar associada a utopias filosóficas.

A sociedade sem classes e o comunismo visionado pelo K. Marx - o materialismo histórico e dialéctico – desembocou no idealismo.

Na verdade, a grande viragem no desenvolvimento da sociedade foi relançada pela economia do mercado cujas regras foram ditadas pela *praxis* mercatória que acabou empurrando a sociedade e a economia à globalização.

¹⁸⁸ Cfr. Artigo III -257, n.º 1 ou artigo I-5 do n.º1 do então tratado Constitucional Europeu.

¹⁸⁹ A identidade leva consigo e com esta vão todos os elementos constitucionais, incluindo o próprio Direito visto como cultura.

Hoje, pode-se afirmar de viva voz que o mundo é uma aldeia globalizada. Esta realidade operou uma revolução económica e social que culminou com o estabelecimento de um novo paradigma assente no pluralismo das normas jurídicas e não só. Daí que a formação do Direito e Justiça na sociedade globalizada estarem assentes no pluralismo das normas e das fontes de Direito.

Este novo paradigma coloca alguns desafios à teoria do Estado, à concepção tradicional de uma constituição democrática, à dogmática clássica do Direito Constitucional e à Metodologia Jurídica tradicional.

A sociedade global, ao reafirmar um espaço jurídico multicêntrico, abandona o modelo jurídico de soberania onde o poder reside no povo mas centrado no Estado.

O indivíduo nesta nova realidade deixou de ser tratado como o sujeito de direitos naturais e elencado de poderes primitivos. A lei deixa de ser a fonte formal do Direito e a sua construção distancia-se das proposições jurídicas.

O poder deixa de derivar-se ou emanar-se de uma única vontade (individual ou colectiva) e vai ser constituído a partir das forças vivas da sociedade – os grupos profissionais ou organizações privadas ou semi-estatais.

A estratégia avançada pelo espaço estadual em aliar o poder político com o poder governamental não resultou. O poder deixou de ter um único centro, onde todos os poderes derivam e se fundamentam. A sociedade global ao constituir vários poderes descentraliza aquele e abre vários centros. Assim sendo, cada poder ou norma não precisa de se conformar com o poder estadual mas sim com o seu próprio poder. A lei deixa de ser a manifestação do poder.

O monismo jurídico que caracterizava o Direito estadual clássico entra em crise, dando lugar a multiplicidade de centros, onde cada espaço projecta a sua especificidade e reversibilidade, não se deixando reduzir ou absorver-se num todo. O monopólio jurídico outrora protagonizado pelo Estado centralizador e unificador tornou-se insustentável e ilegítimo, acabando cair no descrédito.

A sociedade global ao criar o novo paradigma de Direito e sua produção contrasta a tradicional relação necessária do isomorfismo entre as normas. Na sociedade global as

normas deixaram de ser produzidas e controladas pelo Estado mas sim pelos grupos multiformes. Num espaço onde se realça a especificidade e a multiplicidade, o isomorfismo necessário entre as normas deixa de existir por constituir um obstáculo a própria lógica jurídica.

Na sociedade global ao desaparecer a manifestação do poder pela lei, o Direito deixa de exprimir a vontade do povo mas a vontade dos grupos e indivíduos. Assim, a garantia dos direitos fundamentais desloca-se da constituição – direitos estabelecidos no momento constituinte – e coloca-se no transconstitucionalismo.

A vontade normativa expressa pelo povo na Constituição clássica passa a ser expressa pelos grupos e indivíduos em função dos seus interesses e projectada para a globalização. O princípio da legalidade encontra a sua fundamentação dentro deste transconstitucionalismo. A sociedade global ao criar um constitucionalismo transnacional desloca-se da racionalidade jurídica clássica assente na relação entre o Direito e a política.

O constitucionalismo clássico para responder os desafios de então, no tocante as garantias e ao usufruto dos direitos fundamentais do individuo e a limitação e controle do poder estatal, apoia-se na política através da democracia. Esta surge como um instrumento de regulação política e do poder estadual.

O novo modelo de sociedade que assenta na economia do mercado e no liberalismo económico descaracteriza o conceito clássico de democracia e estabelece um novo que prossegue a nova lógica e a dinâmica global – democracia universal.

Esta realidade faz desaparecer o conceito unívoco de democracia e dá espaço para cada grupo construir unilateralmente, cada um, o seu próprio conceito de democracia, de acordo com os seus interesses e cuja lógica e valor varia dentro da configuração jurídica de cada espaço.

Na essência, o Direito da globalização ao descaracterizar a soberania estadual descaracteriza os fundamentos da democracia. Daí poder-se dizer que o Direito da globalização é um Direito não democrático.

Na verdade, o conceito de Democracia só pode operar no âmbito do constitucionalismo estadual. O Direito gerado pelos actores ou grupos profissionais vislumbra o interesse privado ou individual e muitas vezes não o do *demos*.

O transconstitucionalismo não renacionaliza os espaços jurídicos estaduais e muito menos cria uma unidade política e jurídica supranacional como se desenha nos espaços de integração. Mesmo nestes espaços constata-se um grande défice democrático pelo facto de não ser possível subordinar o mercado à política na sociedade global.

Confrontados com esta realidade, a sociedade global vai criar novos conceitos de representação, participação, cidadania e obrigações políticas distintas dos da democracia clássica para melhor servir e adequar este novo modelo transnacional de democracia universal.

O modelo político clássico de uma democracia fixa, entendida como um poder social através do qual as relações de poder se transformam em relações de autoridade partilhada, nunca se efectivou por falta de abertura aos espaços jurídicos infra, intra e supra estadual e emergentes.

A sociedade global, ao projectar vários espaços jurídicos, abre espaço para várias constituições e consequentemente vários problemas cuja solução já não se compadecem com a lógica constitucional estadual mas sim transnacional.

Esta realidade dilui o dogma clássico do primado da constituição estadual. Assim descaracterizada a constituição cai por terra a subordinação e o isomorfismo que as leis ordinárias devem manter com a lei constitucional.

A abertura às várias constituições criou a multiplicidade de espaços e centros de produção normativa. As normas oriundas destes novos espaços só podem ser interpretadas dentro do seu próprio sistema.

O transconstitucionalismo abre espaço para o desenvolvimento e afirmação das ordens jurídicas concorrentes e longe da dogmática clássica do primado das normas.

O fenómeno da globalização prima-se pela transversalidade ao ponto de um dado problema vivido num espaço ser também vivido nos outros espaços. A solução deste

problema passa pela cooperação e diálogo entre os vários espaços infra, intra e supra-estadual.

A globalização, ao estabelecer estes mecanismos transconstitucionais de resolução dos problemas, distancia-se do monismo dogmático do constitucionalismo clássico. Esta não pretende unificar os vários espaços e vários mercados.

A lógica subjacente neste novo modelo assenta nos princípios da liberalização do mercado e estabelece a concorrência como o elemento dinamizador da mesma. Daí que, o Direito na sociedade global ser caracterizado pelo seu pluralismo e liberdade na criação das suas normas. Estas não estão sujeitas ao isomorfismo ou ao primado da constituição.

A sua interpretação não deve conformar-se com nenhuma outra norma exterior mas com o seu próprio sistema, isto é, a norma deve ser aferida a partir do espaço jurídico a que pertence. Nesta óptica abandona-se o modelo jurídico que assenta na teoria monista do Direito.

Na verdade, esta nova realidade não pode ser enquadrada em nenhuma das teorias monistas, quer dos acoplamentos de espaços jurídicos de Jestaet¹⁹⁰ e muito menos de Hans Kelsen assente em “*Grandnorm*”. A nova sociedade é caracterizada pela coexistência de espaços jurídicos cujos problemas não encontram solução nos próprios espaços mas no transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo, ao apresentar-se como uma plataforma de diálogo entre os vários actores, cria uma unidade embora na diversidade. Esta permite uma relação vertical e transversal dos espaços infra, intra e supra estadual.

Este relacionamento é caracterizado pelas prestações que cada espaço oferece ao mesmo sistema funcional da sociedade global. Este sistema funcional não parte de um fechamento como protagonizara Kelsen mas de uma abertura cognitiva¹⁹¹ que possibilita a projecção de cada espaço jurídico e reafirmação da identidade e liberdade de acção interpretativa.

¹⁹⁰ Vide, JESTAET apud NEVES, Marcelo (2009) op. cit., p. 108.

¹⁹¹ De acordo com Luhmen o fechamento normativo do sistema jurídico combina-se com sua abertura cognitiva.

O fenómeno da globalização ao criar um novo paradigma, cria uma nova lógica jurídica dentro de uma nova roupagem e realidade que não mais encontra resposta na teoria e no Direito clássico.

A globalização vai se formando dentro de um paradigma contrário ao da teoria do direito clássico assente na dogmática do Direito Constitucional Estadual.

Este constitucionalismo sustentou-se e fundamentou-se dentro do monismo – pirâmide legal – que jogou um papel fundamental quer na constituição estadual quer no Direito Internacional clássico. O novo paradigma vem desconstruindo esta lógica criando uma teoria do pluralismo jurídico para responder o transconstitucionalismo emergente¹⁹².

O desenvolvimento do Direito dentro da globalização ditou nas organizações de integração, por exemplo, na União Europeia, teorias para estabelecer o equilíbrio entre princípios constitucionais na então fracassada Constituição Europeia: a doutrina do efeito directo e a da interpretação consistente “*charming best*”.

Para completar estas duas teorias foram estabelecidos alguns institutos, tais como, cooperação internacional, governo democrático e subsidiariedade. Na verdade, estas doutrinas não são senão técnicas¹⁹³ de implementação e materialização do princípio do primado constitucional na senda da teoria monista.

Esta realidade que pretendia vincar no constitucionalismo europeu foi desconstruído por não espelhar a dinâmica do novo espaço globalizado. A aceitação de uma constituição comunitária europeia seria um recuo ao constitucionalismo clássico e ao velho paradigma.

O novo paradigma impõe uma subordinação da política ao mercado e da lei ao contrato. Por outro lado, a globalização ao estabelecer este novo paradigma pluralista projecta os vários espaços e através do transconstitucionalismo faz com que a solução seja encontrada na experiência, expectativa e convicção de cada espaço jurídico.

¹⁹² Vide, BOGDAND, Armin Von, *Pluralism, direct effect and ultimate say: on the relationship between the international and domestic constitutional law*, in <http://icon.oxfordjournals.org>., Volume 6, Number 3&4, 2008, p. 397.

¹⁹³ Ibidem., pp. 398.

Capítulo III – As Ordens Jurídicas Internacionais e o Direito Internacional Global

O pluralismo jurídico ou normativo que acabamos de caracterizar, dentro de várias etapas evolutivas e de desenvolvimento, teve como força motora, no período da modernidade, o fenómeno da globalização.

A globalização como fenómeno social, político, económico e jurídico tem sido caracterizada pelas relações verticais, horizontais e transversais, dentro da sociedade mundial.

Estas relações podem ser descritas em torno de fluxos a nível económico ou de capitais, da informação ou comunicação, da migração ou movimentação de pessoas e bens, tecnológico ou de conhecimento científico, cultural imagética ou simbólica.

A globalização como fenómeno social emergente surge como alternativa ao modelo das relações internacionais desenvolvidas horizontalmente pelos Estados de então.

O Estado/nação encontrou nas teorias de Maquiavel, Thomas Hobbes e Tucídides a fundamentação do seu poder empírico e pragmático.

O Estado constitui-se dentro do pressuposto de que a natureza humana é selvagem – *homo homini lupus* – justificando-se assim a sua caracterização com base no poder coercivo para a manutenção e defesa da sua soberania.

Esta filosofia subjacente na constituição dos estados/nações fixou na razão humana de que o Estado é o garante do bem-estar social.

O poder conferido ao Estado fez deste um organismo vivo cuja manutenção passaria pela união e coesão interna através do monopólio da força coerciva. Este está estruturado e organizado para a defesa e manutenção da sua soberania e do seu próprio interesse.

Constituído assim o Estado, o sistema internacional não é senão um espaço de disputa pelo poder para a manutenção da segurança e soberania deste.

Esta filosofia subjacente na constituição dos Estados moldou a consciência e a moral dos povos e desenvolveu o espírito maquiavélico propenso aos conflitos e as guerras estaduais.

Este pressuposto teórico criou um vázio nas relações internacionais ao mesmo tempo que transformou o espaço internacional em anárquico e desprovido de ordem.

Para reverter o cenário de conflitos e guerras sucessivas entre os Estados/nações resultante do espírito hobbesiano e maquiavélico de defesa dos interesses nacionais e da sua soberania, o Estado como sujeito e objecto das hostilidades foi colocado no centro dos debates, no âmbito das relações internacionais.

Dos debates e reflexões desenvolveram-se várias ideias, teorias e instrumentos para regular os conflitos internacionais, tais como, o Direito Internacional e as instâncias supranacionais.

Para o efeito, pode-se destacar a iniciativa pioneira de Hugo Grotius através da sua obra “*Das Leis da Guerra e Paz*”¹⁹⁴. Hugo Grotius, partindo do direito natural, em tanto que *natura rerum* ou seja, na prespectiva de que as coisas são boas ou más por sua própria natureza e, alicerçado nos princípios morais universais, estabeleceu as normas que deveriam regular as relações entre os Estados/nações.

Estas normas seriam para o restabelecimento da paz, assim como as normas ou requisitos a serem observados para que a guerra seja classificada como justa.

As normas e princípios de relações internacionais entre os Estados, estabelecidos por Hugo Grotius, constituíram aquilo que viria a ser o primeiro Direito Internacional.

Emmanuel Kant, através da sua obra “*A Paz Perpétua*”¹⁹⁵, entende que a “associação federativa” dos Estados seria racionalmente a melhor solução para conter as guerras que assolam o mundo, do que a fusão de Estados. Esta última pode desembocar numa potência que poderia controlar os outros e se transformaria numa monarquia universal¹⁹⁶.

¹⁹⁴ GROTIUS, Hugo (1625) *On the law of the war and peace*, Translated by A. C. Campbell, London 1918.

¹⁹⁵ KANT, Emmanuel (1795) *A Paz Perpétua - Um Projecto Filosófico*. Tradução de Artur Mourão, Lusosofia Press, Covilhã, p. 30.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 30.

Não muito distante, no dia 8 de Janeiro de 1918, Woodrow Wilson¹⁹⁷ com a sua proposta pioneira da formação da Liga das Nações, sustentada por catorze pontos do seu discurso, depois da I Guerra Mundial, embora rejeitada pelo Congresso Norte Americano, veio depois a ser considerada pela Humanidade como modelo precursor das Nações Unidas.

O fenómeno da globalização pouco a pouco foi mudando os paradigmas teóricos-conceptuais permitindo a percepção das relações e acções humana, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional e transnacional.

O ponto de partida do fenómeno de globalização remonta ao primeiro esforço sistematizador das relações internacionais em 1917 que culminou com a fundação do primeiro Departamento de Relações Internacionais na Escócia.

Esta iniciativa pioneira visava apaziguar o mundo e normalizar as relações internacionais depois dos efeitos devastadores da I Guerra Mundial. Todavia, foi depois da II Guerra Mundial, com a transformação das relações internacionais ditadas pela Guerra Fria e expansão das organizações internacionais que o fenómeno da globalização ganhou mais vitalidade.

No âmbito da teoria das relações internacionais desenvolveram-se duas teorias antagónicas, por um lado a teoria realista encabeçada por Hans J. Morgenthau que parte da natureza humana como referência básica de qualquer análise política¹⁹⁸.

O Estado surge como o actor das relações internacionais e sujeito do Direito Internacional. O poder coercivo torna-se pertença e monopólio do Estado e este deve garantir a defesa da sua soberania.

De acordo com esta teoria, não pode existir Estado na arena internacional. O que pode existir é uma cooperação e uma aliança entre os Estados para a sobrevivência destes.

¹⁹⁷ Woodrow Wilson, ex-presidente dos Estados Unidos (1913 – 1921) teve o mérito de redigir o Tratado de 14 pontos que foram as directrizes para a paz, depois da I Guerra Mundial e, o primeiro esboço do embrião da Liga das Nações.

¹⁹⁸ MORGENTHAU, Hans J. (1978) *Politics among nations: the struggle for power and peace*, fifth edition, revised, New York: Alfred A. Kenopf, p. 4.

Esta aliança pode desenrolar-se na perspectiva de auto-defesa, visando destruir o outro Estado que se tornou poderoso ou que constitui ameaça à soberania dos Estados ou Povos.

Uma outra teoria que se destacou foi o liberalismo que encontrou os seus alicerces no iluminismo de Emmanuel Kant, Montesquieu e no liberalismo de Adam Smith.

Esta teoria partiu da crítica da razão prática de Kant, alicerçada no imperativo categórico – *“age de tal modo que a máxima da sua acção se possa tornar princípio de uma legislação universal”*. Esta pretendia despertar o homem e o mundo à razão, na linha do pensamento de René Descartes, com o intuito de libertar o homem da menoridade.

A teoria do liberalismo, à semelhança do realismo, parte também da natureza humana, entanto que positiva, onde o indivíduo é sujeito de si e detentora das formas *a priori* que o faz não só senhor do mundo mas sobretudo senhor de si mesmo.

A razão prática torna-se um instrumento libertador da menoridade do homem ou seja dos seus impulsos animais e do seu despotismo intelectual. Assim, o homem julgando e dispondo de tudo a partir da sua própria subjectividade ou seja a partir do imperativo categórico, *“uma obrigação incondicional, ou uma obrigação que temos independentemente da nossa vontade ou desejos”*, vislumbra o ideal nobre da humanidade que se consubstancia em liberdade e bem-estar social.

Dentro do liberalismo, a teoria das relações internacionais deve fundar-se na paz, democracia, interdependência e cooperação mútua entre os Estados. Estes pressupostos constituem o garante para o desenvolvimento do livre-comércio entre os Estados e uma maior integração económica que impulsionaria os Estados a cooperar para evitar a destruição da sua economia e a busca da manutenção da paz.

De acordo com Kant, assim como a natureza separa os povos que a vontade dos Estados gostaria de unir com a astúcia ou violência, isto é com o direito das gentes, a mesma natureza através do espírito comercial que não pode coexistir com a guerra acabará unindo os povos. Para Kant, *“entre todos os poderes (meios) subordinados ao poder do Estado, o poder do dinheiro é decerto o mais fiel, os Estados vêem-se forçados*

(não certamente por motivos de moralidade) a fomentar a nobre paz e afastar a guerra mediante negociações... ”¹⁹⁹.

Adam Smith vai galvanizar a teoria iluminista alicerçada no imperativo categórico de Kant com o liberalismo económico através da sua celebre obra *a Riqueza das Nações*²⁰⁰. É nesta obra que o liberalismo económico encontrou os seus pressupostos básicos, quando esta estabelece que a riqueza das nações resultaria da actuação dos indivíduos que movidos pelo seu próprio interesse promovem o crescimento económico e a inovação tecnológica.

A teoria do liberalismo económico lança as bases para a iniciativa individual e privada, colocando o Estado fora do controlo das relações internacionais. O desenvolvimento das relações económicas ditadas por este novo paradigma abriu espaço para o fluxo de relações de índole diversa, aproximando pessoas e bens, dentro do fenómeno denominado por globalização.

Para a cooperação e integração económica são chamados nestas relações internacionais – globalização - não só os Estados mas também as organizações internacionais, as empresas multinacionais, as ONGs, indivíduos e vários outros actores.

A globalização como um fenómeno emergente surge no âmbito das relações internacionais, como efeito ou produto do novo paradigma de relacionamento entre os Estados centrado na teoria de liberalismo económico.

Este fenómeno tem sido descrito como uma acção de integração económica, financeira, política, social, cultural, migratória de pessoas e conhecimentos, ambiental, de regulação e do Direito.

O novo paradigma das relações internacionais distancia-se do modelo clássico que assentava nos Estados como sujeitos das relações e do Direito Internacional cujo pressuposto básico era o poder e a força.

Nesta nova realidade, as relações de poder transformam-se em redes assimétricas e estabelecem-se por via da cultura, economia e da livre regulamentação. Para o efeito,

¹⁹⁹ KANT, Emmanuel (1795) *A Paz Perpétua - Um Projecto Filosófico*, op. cit., p. 31.

²⁰⁰ Vide, SMITH, Adam (2006) *A Riqueza das Nações*. Tradução de Luís Cristóvão de Aguiar, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 4ª ed. Lisboa.

nascerem vários centros de regulação ou normativa e de exercício do poder na arena internacional.

O novo paradigma emergente de relações internacionais ditou o surgimento do Direito Transnacional a margem do Direito Internacional clássico. Este novo Direito resulta da interação entre vários actores públicos e privados, nacionais e internacionais, tais como, os Estados/nações, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não-governamentais e indivíduos privados²⁰¹.

De acordo com Harold Hongju Koh a interação dos vários actores na arena internacional não só gerou um Direito Transnacional²⁰², tal como, Direito Privado Nacional, Direito Público Nacional do poder executivo, o Direito Internacional Privado de resolução de disputas, Direito Internacional Público das relações diplomáticas e Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta interação gerou também uma nova interpretação das normas e a sua internacionalização.

A sociedade global para responder aos desafios e imperativos intrínsecos e extrínsecos, viu-se na contingência de fragmentar o Direito Internacional Geral entendido outrora por Direito das Gentes. Nesta última, as relações internacionais desenvolviam-se ao nível do poder e da soberania dos Estados que compreendiam essencialmente as relações diplomáticas, do Direito da Guerra e dos Tratados de paz.

A evolução das relações internacionais ao longo da história ditou a criação de dois actores incontornáveis na sociedade global, a saber: as instituições da Bretton Woods vocacionadas para lidar com os problemas económicos mundiais e a Organização das Nações Unidas para lidar com os problemas políticos mundiais.

Nesta fase derradeira de transição e desenvolvimento da sociedade global pode-se enumerar, de entre outra, o surgimento das seguintes ordens jurídicas autónomas: o Direito do Mar, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional

²⁰¹ KOH, Harold Hongju, *The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process*, 75 Neb. L. Rev, P. 183

²⁰² O conceito do Direito Transnacional foi introduzido por Phillip Jessup nas suas lições em Yale em 1956. Vide, KOH, Harold Hongju, *The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process*, op.cit. p.186.

Aéreo, o Direito Internacional Penal, o Direito Internacional do Ambiente, o Direito do Comercio Internacional (GATT/OMC) e outras.

Com o evoluir da sociedade global surgiram novos desafios internacionais no relacionamento com os novos actores não estatais, tais como as organizações internacionais, as instituições transnacionais, as empresas multinacionais, as organizações não-governamentais, os grupos de índole diversa e os indivíduos.

A nova realidade imposta pela evolução e desenvolvimento da sociedade internacional global não encontrou enquadramento nos Estatutos da Corte Internacional de Justiça. Foi esta e outras vicissitudes que ditaram a criação de novos órgãos internacionais e regionais judiciais com o objectivo de acomodar os novos actores ou sujeitos do Direito Internacional - os indivíduos, organizações e empresas²⁰³. Estas ordens jurídicas são caracterizadas pela autonomia normativa e jurisdicional.

A diversificação do Direito Internacional imposto pela globalização instalou dentro da sociedade global dois tipos de sistemas normativos diferentes. Por um lado, o sistema jurídico cujas normas impõem uma obrigatoriedade ou *vis* no âmbito do *jus cogens* e, por outro lado, um sistema jurídico caracterizado por normas obrigatórias de carácter flexíveis, designadas por *soft law*. Esta diversificação constitui um facto consumado e um fenómeno irreversível dada a inserção e a pertinência destas novas ordens jurídicas na sociedade internacional global.

A autonomia destas novas ordens jurídicas emergentes na arena internacional não se limita só nas suas normas e órgãos judiciais específicos e próprios.

²⁰³ A lista de Tribunais e Órgãos judiciais e quase-judiciais que coexistem na sociedade global é vasta, a título de exemplo, podemos enumerar alguns, tais como: Corte Internacional de Justiça, Tribunais de Justiça das Comunidades Europeias, do Pacto Andico, do Benelux, e as Cortes Europeia e Inter-americana de Direitos Humanos, o Tribunal do Mar, a Corte do Espaço Económico Europeu (EFTA Court), a Corte Centro-Americana de Justiça, a Corte da Comunidade de Estados Independentes, a Corte de Justiça do Mercado Comum do Sudeste e Leste Africano (Comesa Court), o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal de Justiça da Comunidade Económica da África Ocidental (Ecowas Court), o Tribunal de justiça do Mercado Comum do Caribe (Caricom Court), a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. A estes somam-se os tribunais arbitrais no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), Acordo de livre Comercio da América da América do Norte (NAFTA), Corte Permanente de Arbitragem e o Centro Internacional para Resolução de Disputas Internacionais (ICSID). Ainda se pode incluir os tribunais internacionais temporários e *ad hoc*. Vide, RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica – Análise comparativa da protecção de direitos Humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mrecosul, Renovar, Rio de Janeiro, pp.376 -379.

Esta autonomia vai mais longe ao constatar-se que aquando da sua constituição não obedecem nenhum princípio de unificação sistémica e nem de hierarquia entre as normas e órgãos judiciais. Por exemplo, no tocante à criação dos órgãos judiciais, as ordens jurídicas emergentes não estão sujeitas a observância de regras harmonizadoras.

Esta liberdade das ordens jurídicas aquando da criação das suas normas e órgãos judiciais podem equiparar-se em autênticas ilhas, desprovidas de qualquer vínculos e de relações verticais e horizontais umas com as outras²⁰⁴.

A autonomia dos novos órgãos judiciais na sociedade global tem sido criticada pela ausência da unidade sistémica requerida para qualquer sistema jurídico que se pretenda ser funcional e harmónico.

Os novos tribunais ao não sujeitarem-se as regras de litispendência ou coisa julgada, assim como o dever de previsão de regras de competência ou de solução de conflitos entre os tribunais criou espaço para se instalar uma concorrência fragmentária dentro do Sistema ou do Direito Internacional Geral.

A globalização como um fenómeno emergente na sociedade global desenvolveu-se a partir da interação existente entre vários actores nacionais e transnacionais. Esta materializa-se através de vários fluxos, como ficou descrito acima. Urge reflectir sobre esta interação e o seu impacto no Direito Internacional. Para o efeito, tomar-se-á como ponto de partida as transformações jurídico-económicas operadas pelas instituições transnacionais na sociedade global.

²⁰⁴ Ibid., p. 381.

3.1. A Ordem Jurídica das Instituições Transnacionais e a Globalização Económica

O fenómeno da globalização económica não é recente. Historicamente, este fenómeno precede as guerras mundiais, período caracterizado por tentativas de integração económica pelas potências económicas de então²⁰⁵. Todavia, foi depois da Segunda Guerra Mundial que o fenómeno da globalização emergiu com o ressurgimento do capitalismo económico do mercado global.

O termo globalização económica ganhou a sua popularidade na década dos anos oitenta, com o desenvolvimento das tecnologias e o processo de integração internacional do comércio e do mercado de capitais financeiros.

O desenvolvimento desencadeou um fluxo acelerado das transações internacionais a nível horizontal e vertical. A velocidade e o impacto que este fluxo se impõe na sociedade contemporânea têm permitido uma integração económica cada vez mais célere e abrangente no mundo global.

A integração económica tem tido um forte impacto e incidência nas áreas do comércio mundial e mercados financeiros. Hoje, constata-se que até as mais simples e elementares actividades económicas humanas, quer nas aldeias, vilas e cidades tem estado a revolucionar-se e integrar-se dentro deste novo paradigma da liberdade económica e social.

O fim da Segunda Guerra Mundial estabeleceu novas relações políticas e económicas entre as nações. Esta realidade ditou uma nova ordem política e económica internacional com a criação da Organização das Nações Unidas. Esta realidade abriu um espaço para a emergência das organizações internacionais²⁰⁶ e o movimento internacional dos Direitos Humanos.

²⁰⁵ BORDO, Michael D., BARRY, Eichengreen, and DOUGLAS A. Irwin, *Is Globalization Today Really Different than Globalization a Hundred Years Ago?* Working Paper 7195, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, June 1999, p. 2 e 3.

²⁰⁶ A história da origem das organizações internacionais remonta ao século XIX dada a evolução das relações entre os Estados. A primeira organização internacional foi a Administração Geral de Concessão da

Constata-se que a primeira organização internacional pública, designadamente, a Administração Geral de Concessão da Navegação do Reno, surge em 1804 e a primeira organização internacional privada em 1840, Convenção Mundial Anti-escravatura. Destas seguem depois o Comité Internacional da Cruz Vermelha (1863) e a *International Law Association* (ILA) no mesmo ano²⁰⁷.

Estes desenvolvimentos alteraram a ideia prevalecente de que o espaço internacional é um Estado de anarquia e que o Estado é o principal sujeito ou actor do Direito Internacional, assim como o pressuposto de que a cooperação internacional tinha como fim a defesa da soberania, do poder e da segurança dos Estados.

As organizações internacionais nasceram dentro da teoria do liberalismo económico e da extrema necessidade de manutenção da paz e prosperidade socio-económica dos Estados e povos.

As primeiras organizações internacionais públicas caracterizavam-se por possuir órgãos próprios com competências de ordem técnico-científica mas não a competência económica e política. Esta última era pertença dos Estados.

O crescimento destas organizações internacionais públicas confrontadas com a nova ordem jurídica das relações internacionais passaram a assumir o protagonismo e a responsabilidade de remover as barreiras materiais, jurídicas e políticas que constituíssem obstáculos para o restabelecimento da paz e o bem-estar socio-económico.

Para responder a este desafio internacional de remoção dos obstáculos materiais e políticos para a construção de uma comunidade internacional movida pelo espírito de paz e bem-estar sócio-económico foi criada no plano político a Sociedade das Nações²⁰⁸. Esta

Navegação do Reno, criada pelo Tratado celebrado entre a França e o Santo Império Romano-Germânico em 15.08.1804. Esta foi elevada a Comissão Central para a Navegação do Reno em 1815. Vide, CRETILLA NETO, José (2013) *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, 3ª Edição, Editora Saraiva, S. Paulo, p. 62.

²⁰⁷ Ibidem, p. 63.

²⁰⁸ A Sociedade das Nações foi criada por um pacto, anexo ao Tratado de Versalhes, de 28.04.1919. A Sociedade das Nações é classificada como uma organização da segunda geração e que corresponde ao ideal de Wilson Woodrow, sustentada por catorze pontos do seu Discurso do dia 8 de Janeiro de 1918 sobre o projecto da paz universal.

instituição estava vocacionada para assegurar os meios pacíficos de solução de hostilidades²⁰⁹.

Foi sob os auspícios da Sociedade das Nações que foram criadas, por exemplo, a Organização Mundial do Trabalho (1920), o Tribunal Permanente da Justiça Internacional (1920), Organização da Aviação Civil Internacional (1919), International Aviation Transport Association (IATA).

Os pressupostos subjacentes na criação destas organizações visavam o estreitamento das relações políticas internacionais com vista a uma paz internacional efectiva.

O Pacto entre as Nações não foi suficiente para pôr fim às guerras, embora o instrumento contasse com mecanismos de sanções juridicamente eficazes para garantir a paz. Por exemplo, de entre outras normas, pode-se apontar a regulamentação jurídica da solução de litígios e o Tribunal Permanente da Justiça Internacional.

Uma das fragilidades apontadas para o fracasso do Pacto da Sociedade das Nações, no âmbito político, prendia-se com a não proibição expressa ao recurso a meios armados para a solução de conflitos internacionais.

De acordo com o artigo 12.1 do Pacto da Sociedade das Nações, os Estados Partes podiam recorrer à guerra *“depois dos três meses da decisão arbitral ou judiciária, ou do relato do Conselho”*.

A Sociedade das Nações através das instituições por esta criada para a manutenção da paz, não tendo conseguido apaziguar os ânimos entre os vencidos e vencedores da 1ª Guerra Mundial e, aliado ao protecionismo comercial dos Estados levou para que os beligerantes se armassem para uma nova guerra.

Antes da 2ª Guerra Mundial, o mundo viu a conclusão pelos Estados o Tratado de Renúncia à Guerra (Pacto de Paris ou ainda Pacto de Briand-Kellong) em 1928 e muito antes em 1856 ter sido concluído o Tratado da paz de Paris que colocou termo à Guerra da Crimeia entre as potências europeias. Este Tratado dispunha de mecanismos eficientes

²⁰⁹ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p.70.

de solução de litígios que doravante podiam ser usados para solucionar litígios entre os Estados signatários e os terceiros.

Não tendo sido evitada a 2ª Guerra Mundial, depois desta, em 1945, extraídas as lições da inoperância da estratégia adoptada para uma paz efectiva no mundo avançou-se para um novo modelo de instituições onde as competências deviam ser exercidas em detrimento da exclusividade das soberanias nacionais e que as relações internacionais de cooperação deixavam de ser monopólio dos Estados.

As potências vencedoras da 2ª Guerra Mundial retratando-se dos efeitos nefastos da guerra, valorando as experiências do passado e o princípio da especialidade das organizações internacionais, concluíram a Carta das Nações Unidas em 1945.

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU)²¹⁰ nasceu um novo sistema sob o princípio da especialidade e que passou a congregar as instituições especializadas dentro das relações internacionais e de uma estreita cooperação e colaboração para o mesmo ideal. Não obstante, a ONU criou ela própria várias organizações, por exemplo, podemos citar a mais antiga e a mais nova: a Agência Internacional da Energia Atómica (1956) e o Tribunal Penal Internacional (1998).

Esta nova realidade vivida dentro das relações internacionais ditou um novo modelo de organizações internacionais classificadas por organizações da 3ª geração²¹¹.

Esta dinâmica revolucionária no mundo das relações internacionais, perfilhando a racionalidade do liberalismo económico, foi operada “*por uma mão invisível*” – o desejo ou o interesse individual para tornar viável a solução dos maiores problemas da comunidade internacional que se resumem na paz e prosperidade económica.

Assim, sob os auspícios da ONU e através da Conferência de Bretton Woods em 1944, nascem dentro do princípio de especialidade as seguintes Instituições, a saber, o

²¹⁰ A ONU tem como Direito interno próprio a sua Carta, os Regulamentos adoptados pela Assembleia Geral e o Estatuto do Tribunal Internacional da Justiça.

²¹¹ Ibidem, p.73.

Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) ou concretamente Banco Mundial (WB)²¹².

Esta nova ordem política e económica internacional que ditou o surgimento dos novos actores económicos e de desenvolvimento desencadeou uma interação económica profunda e abrangente, assim como a interdependência nas transações económicas.

Estes actores contrastam o então monopólio dos Estados impondo novo modelo de relações entre os Estados e estes com as novas instituições emergentes.

Nesta viragem das relações económicas internacionais crescem as instituições transnacionais, tais como os bancos, empresas multinacionais, organizações económicas e financeiras que operam e dominam o mercado longe da intervenção dos Estados.

Dentro deste imperativo liberal económico, para colmatar a lacuna no desenvolvimento do comércio internacional, em 1948, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Emprego determinou os pressupostos para a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC).

Esta Organização não se concretizou porque um dos membros, os EUA, tomando como pretexto a defesa dos seus interesses recuou por entender que a OIC seria uma ameaça as suas pretensões comerciais globais²¹³.

A comunidade internacional adoptou, no âmbito da mesma Carta de Havana (documento final da Conferência), quanto à política comercial, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT)²¹⁴ em 1947. Este instrumento vigorou até o advento da Organização Mundial do Comércio em 1995.

Dentro do mesmo espírito de desenvolvimento económico integrado, a comunidade internacional tem apostado na criação de organizações ou blocos económicos regionais, por exemplo, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento

²¹² O desenvolvimento do Banco Mundial ditou a constituição do Grupo Banco Mundial composta por seguintes instituições: o próprio BIRD, a International Development Agency (IDA), a International Finance Corporation (IFC), a Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), o International Centre for Settlement of investment dispute (ICSID).

²¹³ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 75.

²¹⁴ General Agreement on Tariffs and Trade.

Economico (OCDE)²¹⁵ a União Europeia, a aliança atlântica (OTAN), o NAFTA, o MERCOSUL, a SADC e outras.

Esta realidade ditou uma nova estratégia de economia mundial onde se potenciou as empresas multinacionais, os mercados financeiros e os blocos comerciais transnacionais como elementos importantes da nova estrutura institucional que deve lidar com o processo da globalização económica.

A nova ordem jurídica global ao fazer emergir novos actores ou sujeitos - as instituições transnacionais - na arena internacional, coloca os Estados numa situação de dupla subordinação jurídica. Por um lado, os Estados ao se relacionarem com os outros Estados subordinam-se ao Direito Internacional e por outro ao se relacionarem com as instituições transnacionais subordinam-se ao Direito Transnacional.

Como se pode constatar acima, a dinâmica da sociedade liberal e da economia do mercado impôs, depois da 2ª Guerra Mundial, novo modelo das relações políticas, económicas e jurídicas.

Os instrumentos jurídicos que regulam a sociedade global concluídos através das instituições ou organizações internacionais criaram uma ordem jurídica internacional própria diferente da do Direito Internacional clássico.

Esta realidade faz com que os instrumentos ditados por estas instituições não obedeçam a lógica racional das organizações internacionais clássicas emanados pelos Tratados ou Convenções Internacionais. Não obstante, estes instrumentos jurídicos não são disciplinados pelo Direito Internacional Público ou seja Direito das Gentes.

As instituições transnacionais ou organizações internacionais não são Estados e em última instância não representam os Estados e nem os substituem. A sua soberania não é limitada pelo Direito Internacional e nem é disciplinado por este.

O que torna as instituições transnacionais diferentes, mais flexíveis e influentes nas relações internacionais são as suas características. Por exemplo, o seu poder deriva do seu acto constitutivo e não depende do poder constituinte ou de um órgão da soberania e muito menos de um poder político quer internacional quer nacional. Por outro lado, tendo

²¹⁵ A OCDE resulta da transformação da Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE).

estas o poder de criar órgãos subsidiários nos Estados onde exercem as suas actividades, as colocam numa posição privilegiadas quanto ao fluxo das suas normas e a descentralização administrativa.

Estas organizações transnacionais possuem uma ordem jurídica própria com poderes administrativos, legislativos e jurisdicionais. Assim, constata-se, por exemplo, que cada organização transnacional possui um Direito interno próprio que vincula às ordens jurídicas internas dos países onde a acção destas organizações estão a ser desenvolvidas. Por exemplo, o apoio do FMI aos países em desenvolvimento que atravessam dificuldades económicas é garantido mediante a adopção por parte do Estado ajudado de vários instrumentos que se resumem, de entre outras, no código de boa conduta estabelecido pelo FMI. Estes instrumentos impostos aos Estados ajudados são incorporados nos seus ordenamentos jurídicos internos²¹⁶.

As organizações transnacionais ao criar uma nova ordem jurídica internacional global colocam-se numa posição privilegiada e dominante, no âmbito das relações e interacções políticas, sócio-económicas e jurídicas dentro da sociedade transnacional.

A actividade destes novos actores transnacionais não conhecem limites territoriais e nem se confronta com o problema da resistência clássica dos Estados quanto a sua soberania.

A acção dos novos actores transnacionais sobrepõe-se ao poder e as soberanias dos Estados – consagrados no Direito Internacional público ou das gentes – e em casos concretos colocam limites à independência de decisão dos Estados.

²¹⁶ Um dos países em desenvolvimento que tem vindo a beneficiar da ajuda financeira do FMI é o Estado Moçambicano. Este Estado incorporou no seu ordenamento jurídico, no âmbito da ajuda, de entre outras e a título ilustrativo, por exemplo: Diploma Ministerial n.º 222/2010 de 17 de Dezembro – adopta IASB e NIRFS como o Plano de contas das Instituições Seguradoras e de Fundo de Pensões; Aviso n.º 5/GBM/2007 de 30 de Março – Ajusta os fundos próprios das Instituições aos Padrões Internacionais; Aviso n.º 4/GBM/2007 - Normas que regem as instituições sujeitas à Supervisão do Banco de Moçambique – NIFS; Decreto n.º 48/2001, de 21 de dezembro – adopta *Protecting IMF Resources: Safeguards Assessments of Central Banks* – para Auditores do Sistema Bancário-Financeiro; Aviso n.º 3/GBM/2012, de 13 de Dezembro – Implementação do Acordo de Basileia II (*International Convergence of Capital Measurement on Banking Supervision*); Aviso n.º 4/GBM/ de 12 de Maio de 2013, estabeleceu Directrizes de Gestão de Riscos – Risco de Tecnologia de Informação de acordo com o Grupo de Acção Financeira (GAFI) – Avaliação Nacional dos Riscos de Branqueamento de Capitais e Financiamento de Terrorismo; As Recomendações do GAFI/FATF (40) adoptados pela Lei n.º 14/2013 – Lei Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo.

Esta realidade é vivida no âmbito das acções das organizações de ajuda ao desenvolvimento que como política condicionam a sua ajuda à observância pelo Estado ajudado de certos requisitos para sua elegibilidade.

A título de exemplo, pode se destacar a acção do FMI que para atingir os seus objectivos, o seu Estatuto originário previa uma série de sanções para com os Estados-membros que não cumprissem as suas obrigações.

Estas sanções consistem, de entre outras em, pressões diplomáticas, inelegibilidade em receber a ajuda financeira ou a ajuda ao equilíbrio da balança de pagamentos, perda do direito ao voto e até a perda de assento ou exclusão na organização.

Um outro exemplo contundente do poder das organizações transnacionais é o que se vive nas organizações de integração económica onde os Estados-membros abdicam parte da sua soberania à organização. Esta transferência faz dos Estados-membros reféns e impedidos de manifestarem de forma adversa. Nesta relação as decisões da organização sobrepõem-se, em alguns casos, à vontade soberana dos Estados-membros²¹⁷.

²¹⁷ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 307.

3.2. Os Desafios da Globalização Económica Liberal e o Direito Internacional

A globalização económica liberal apresenta-se hoje como a mais revolucionária, dada a sua intensidade e o seu impacto no direito internacional e nos Direitos internos dos Estados.

A velocidade do fluxo das políticas económicas globais transformaram rapidamente as relações económicas internacionais e nacionais.

O nível ou o grau de intensidade da globalização depende do modelo de integração económica implantada nas regiões ou nos Estados²¹⁸.

A integração económica global foi acompanhada por uma revolução legislativa que foge a lógica do Direito Internacional clássico e dos seus sujeitos, os Estados.

Este fenómeno foi ditado pela actividade mundial das multinacionais e organizações transnacionais que conduziram os Estados a adopção das mesmas normas do Direito Económico, tais como, leis de propriedades intelectuais, das patentes, das telecomunicações, das tarifas aduaneiras ou, em suma leis do comércio internacional ou *lex mercatória*.

O nível de desenvolvimento e da integração das Nações ditaram o grau das dificuldades destas no processo de globalização económica.

Na emergência do fenómeno da globalização económica, o mundo dividiu-se em três principais polos ou blocos económicos a saber, no continente americano o polo centra-se nos Estados Unidos e Canadá; no continente asiático encontramos o Japão, na Europa o polo está na União Europeia.

Os países periféricos viram-se na contingência de, primeiro, reestruturar as suas políticas económicas para adequa-las ao sistema económico liberal. Segundo, a reformulação das suas legislações comerciais para adequa-las ao Direito Internacional económico global.

²¹⁸ Boaventura de Sousa Santos classifica a globalização dentro de dois níveis, a saber: globalização de alta intensidade e globalização de baixa intensidade. Vide, SANTOS, Boaventura, o Processo da Globalização, artigo in [www. Eurozine.com](http://www.Eurozine.com), p.36. Acedido no dia 23.06.2014.

Esta viragem imposta pela globalização transferiu o poder legiferante para a sociedade global e fez dos estados meros receptores de regras e normas ditadas pelas instituições do comércio mundial.

Esta realidade fez com que o Direito Internacional fosse relegado para o segundo plano ou substituído por um Direito flexível e mais produtivo.

O fenómeno da globalização nestes países periféricos não se traduziu dentro do princípio de homogeneização nem de harmonização de políticas económicas e legislativas por não estarem integrados nos blocos económicos emergentes.

Nestes países, o fenómeno da globalização económica e legislativa primou por uma hegemonia política e legislativa das instituições transnacionais.

A globalização económica liberal ao colocar de lado o Direito Internacional geral encontra no consenso neoliberal²¹⁹ (Consenso de Washington e hoje o Consenso pós-Washington) os pressupostos básicos para imprimir uma viragem nas relações económicas do mundo.

O poder económico que ditou estes pressupostos protagonizou uma hegemonia política e legislativa irresistível e incontornável numa sociedade a braços com as crises de relações políticas internacionais (guerras mundiais e frias), de regimes comunistas, de recessão económica e de fundamentalismo religioso.

Esta nova relação internacional hegemónica, irresistível e incontornável, imposta pela globalização económica liberal, reduziu o espaço ou seja o fórum internacional dos sujeitos do Direito Internacional de então.

A emergência do novo fórum de relações internacionais liderado pelas instituições transnacionais não depende da política e vontade dos então sujeitos de Direito Internacional, contrariamente estes passaram a depender daqueles hegemonicamente.

O poder legiferante a nível nacional e internacional transferiu-se para os novos protagonistas do poder mundial – as instituições transnacionais.

²¹⁹ A ideia subjacente que alimenta estes consensos neoliberais é de que as clivagens políticas e as rivalidades imperialistas que conduziram as guerras mundiais e frias já desapareceram e entramos para uma nova era de interdependência entre as grandes potências onde deve prevalecer a cooperação e a integração regional. Vide, SANTOS, Boaventura, *o Processo da Globalização*, op. cit., p. 2 e 3.

As transformações económicas e a viragem imposta pela globalização económica e liberal não só interfere mas joga um papel dominante, quer na arena internacional, quer na nacional. Por exemplo, desde então a legislação económica quer internacional quer nacional tem sido uma réplica ou seja tem sido protagonizada pelas instituições económicas transnacionais.

Nos países periféricos e semiperiféricos o poder hegemónico da globalização económica liberal tem sido muito mais forte, ao ponto da legislação económica ser gerenciada pelas instituições económicas, tais como, agências económicas de assistência internacional, Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Organização Mundial do Comércio e outras.

Esta hegemonia nos países periféricos é estrutural e passa necessariamente pelas reformas políticas, económicas, legislativas e judiciais. Esta visa adequar os Estados aos novos modelos de desenvolvimento económicos que permitam fluxos muito rápidos entre os mercados e que estabeleça relações mercantis abertas entre os cidadãos e os agentes económicos na sociedade global²²⁰.

A hegemonia das instituições de globalização económica liberal impostas aos diferentes actores ou Estados tem sido hoje objecto de muitas críticas e manifestações internacionais por causa dos efeitos e dos resultados observados no terreno.

Para Joseph E. Stiglitz, a globalização que pretendia ser a força motora para o desenvolvimento e redução de assimetrias económicas internacionais, está sendo corrompida por interesses obscuros que comprometem a construção de uma ordem económica mais justa e livre de conflitos²²¹. Esta observação crítica enquadra-se na forma como a globalização económica está sendo produzida nas várias esferas de integração económica.

Boaventura de Sousa Santos aponta para dois modos de produção de globalização: globalização de baixa intensidade, aquela onde os poderes e as trocas são menos

²²⁰ SANTOS, Boaventura, o Processo da Globalização, op. cit., p. 37.

²²¹ STIGLITZ, J. E. (2002). A globalização e seus malefícios - A promessa não-cumprida de benefícios globais, São Paulo: Futura, p. 327.

desiguais e globalização de alta intensidade, onde existe uma acentuada desigualdade entre as trocas e os poderes nas esferas económicas na sociedade global²²².

Os desafios impostos pela globalização económica liberal são mais visíveis na produção de alta intensidade. Esta última opera-se nos países semiperiféricos e periféricos e, dada a sua intensidade tem criado problemas estruturais e hegemónicos que vislumbram sinais de fracasso quanto aos objectivos almejados – o desenvolvimento económico global.

Os analistas de políticas económicas de desenvolvimento e a sociedade civil criticam o modelo económico em jogo por não estar a produzir os resultados económico e sociais esperados. Pelo contrário, a hegemonia das instituições transnacionais no lugar de acelerar o desenvolvimento económico destas sociedades, os resultados indicam um retrocesso e um agravamento do índice da pobreza. No lugar de reduzir o número dos pobres, constata-se o crescimento destes e dos desempregados na sua maioria causado pela aplicação destas políticas económicas²²³.

É dentro desta realidade económica que se enquadra o posicionamento de Joseph E. Stiglitz na sua obra sobre *“A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais”*.

Muito antes e associado a esta crítica de Stiglitz houve correntes que vezes sem conta opõem-se a estas políticas económicas hegemónicas, como por exemplo, os protestos de rua em Seattle e em Milão aquando das Conferências Ministeriais bianuais da OMC.

A alta intensidade hegemónica imposta aos países semiperiféricos e periféricos tem destruído a estrutura económica, política, jurídica e judiciária já existente. A reestruturação económica nestes países visa enquadrar as políticas económicas destes países ao modelo económico liberal que facilite o fluxo e o desenvolvimento das políticas globais hegemónicas.

²²² SANTOS, Boaventura, o Processo da Globalização, op. cit., p.38

²²³ STIGLITZ, J. E. (2002). A globalização e seus malefícios..., op. cit., p. 32

O prémio nobel de economia 2001 - J. Stiglitz – nas suas observações críticas vai mais longe, ao apontar quatro principais problemas que enfrenta a globalização hegemónica da economia liberal, a saber:

- i) a política da liberalização dos mercados imposta aos países periféricos não oferece nenhuma garantia de promoção do crescimento económico²²⁴;
- ii) os programas de ajustamento estruturais operados nos países periféricos não estimulam o crescimento económico;
- iii) as instituições transnacionais na vanguarda do processo de globalização económica liberal, por exemplo, de entre outras, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, são controlados pelos interesses comerciais e financeiros dos países ricos e vinculados à comunidade financeira internacional. Pelo que se vislumbra aqui, *a priori*, um conflito de interesse;
- iv) a posição hegemónica de algumas instituições de ajuda ao desenvolvimento, como por exemplo o FMI, que condiciona a ajuda à adesão as políticas formuladas mostrou-se inadequadas e desumanas pelo sacrifício que os cidadãos ficam sujeitos.

Ao olharmos para o mundo constata-se algumas experiências de sucesso, como por exemplo o caso de Botswana e Brasil que não aceitaram a hegemonia do FMI e, com ajuda do Banco Mundial elaboraram programas económicos que envolveram “*um razoável nível de sacrifícios que não são baseados em fundamentalismo de mercado*”²²⁵.

As políticas globais hegemónicas lideradas pelas instituições transnacionais na produção da globalização quer seja de alta ou de baixa intensidade tem como suporte um conjunto de normas próprias e autónomas distintas das do direito internacional público.

Estas normas têm como pressuposto o princípio do mercado, contrapondo as normas dos ordenamentos jurídicos estaduais e internacionais que assentam no princípio do Estado.

²²⁴ Ibidem., p. 43.

²²⁵ Ibidem, p. 65.

Esta realidade criou um novo protagonismo do Direito Privado e ditou a emergência de novos actores de regulação económica e judicial.

O princípio do mercado assenta no primado do direito e na resolução judicial ou extrajudicial dos litígios.

No âmbito do Direito Internacional Clássico os seus sujeitos tem como órgãos para a solução das suas controvérsias os órgãos judiciais das organizações internacionais e os tribunais internacionais. Pelo contrário, as instituições transnacionais para a resolução dos seus litígios contam com os órgãos internos ou seja através da solução administrativa e não por meios judiciais externos ou seja internacionais criados dentro do Direito Internacional clássico.

Estes órgãos internos são e funcionam na essência como os tribunais administrativos internacionais²²⁶ e possuem uma jurisdição internacional.

Os órgãos destes tribunais são criados e funcionam independentemente de qualquer estrutura estatal ou entidade internacional. Estes não estão sujeitas a qualquer outro sistema jurídico, Direito ou jurisdição, senão o Direito emanado do seu próprio acto constitutivo.

Não obstante, embora estejam sujeitos aos seus próprios direitos e jurisdição, estes órgãos ou tribunais administrativos ao solucionar problemas que interessam vários países colocam-se num plano universal e global²²⁷.

No âmbito das instituições económicas de produção da globalização, por exemplo o Banco Mundial, estabeleceu o seu Tribunal Administrativo em 1979, o Fundo Monetário Internacional estabeleceu o seu em 1992 e começou a trabalhar oficialmente em 1994.

²²⁶ O primeiro tribunal administrativo internacional foi o da Sociedade das Nações, criado em 1927, seguido do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho cujo estatuto foi adoptado em 1946. Esta prerrogativa das Organizações de passar a dispor de um sistema judicial ou arbitral decorre do parecer consultivo de 13.07.1954 proferido pela Corte Internacional da Justiça no caso Efeitos da sentença de Compensação proferida pelo Tribunal Administrativo das Nações Unidas.

²²⁷ Por exemplo, o Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho possui uma jurisdição que ultrapassa os limites da sua organização estendendo-se à FAO, à Organização Meteorológica Mundial, à OMS, à UNESCO, à União Internacional de Telecomunicações, à Agência Internacional de Energia Atómica e outras. Vide, CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais ..., op. cit., p. 262.

Uma característica *sui generis* no âmbito da produção da globalização, por exemplo na jurisdição do Tribunal Administrativo do Banco Mundial, um dos princípios ou norma processual adoptado no âmbito da jurisdição deste Tribunal prende-se com a atuação da autoridade da coisa julgada. Esta jurisdição não é limitada só as partes, ou seja uma vez proferida a sentença é automaticamente estendida a todos que se enquadram na mesma situação dos demandantes²²⁸.

As instituições transnacionais na produção hegemónica da globalização gozam de privilégios e imunidades nos espaços de soberania dos Estados onde a sua sede é localizada e onde desenvolvem as suas actividades.

Estes privilégios decorrem dos termos do artigo 105.1 da Carta das Nações Unidas²²⁹, por se entender que as suas acções implicam relações jurídicas com os Estados-sede e com as pessoas físicas e jurídicas destes mesmos Estados e naturalmente podem sofrer influências e interferências dos poderes neles existentes.

As instituições transnacionais de produção hegemónica da globalização imprimiram nos Estados onde exercem as suas acções reformas económicas e políticas profundas.

Estas reformas ditaram as privatizações e liberalizações do mercado, assim como a consagração dos princípios de Estado de Direito Democrático.

Estas reformas visavam na essência a criação de uma capacidade institucional jurídica e judicial eficiente que visa responder a dinâmica do mercado.

Esta realidade fez do poder judicial o centro de resolução de litígios políticos, económicos, administrativos e outras.

Com esta capacidade institucional dá-se a “*judicialização*” da política ou seja a política deixou de resolver os conflitos políticos transferindo-os para o foro judicial. Assim, a legitimidade democrática outrora assente nos órgãos políticos eleitos passa para os tribunais²³⁰.

²²⁸ Ibidem, p.274.

²²⁹ “A organização gozará, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades necessárias à realização de seus propósitos”. Cfr., artigo 105.1 da Carta das Nações Unidas.

²³⁰ SANTOS, Boaventura, o Processo da Globalização, op. cit., p.37

Esta “*judicialização*” projectou a imagem e a independência dos tribunais, relevando o princípio do primado do Direito e dos tribunais. Assim, os tribunais constituíram-se como garantes ou pressupostos para o desenvolvimento do modelo político da economia liberal.

A globalização económica protagonizada pelas instituições transnacionais tendo enraizado a política económica liberal nas estruturas dos órgãos estaduais e internacionais onde a sua acção têm-se desenvolvido, a sua dinâmica tornou-se irreversíveis.

Esta dinâmica imprimida pelas instituições transnacionais em todos os sectores da sociedade mundial, faz destes interlocutores incontornáveis na ordem jurídica internacional.

Na verdade, apesar do estágio da evolução da produção da globalização alcançada na sociedade mundial, infelizmente, ainda persiste a regra de inadmissibilidade de demandas contra actos administrativos de carácter geral, por exemplo expedidos pela autoridade do Banco Mundial²³¹.

²³¹ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais ..., op. cit., p. 274.

Capítulo IV – O Direito Internacional das Ordens Jurídicas Privadas ou não-oficiais e o Direito Internacional Global

4.1. A Lex Mercatória e o Direito Internacional Global

A *lex mercatória*, na História do Direito, foi estabelecida muito cedo aquando do Direito Costumeiro. Na sua fase incipiente, à margem do Direito Estadual e das proposições jurídicas, esta prática costumeira foi criando normas mercantis autónomas e longe da doutrina e jurisprudência do Direito Estadual.

Os desafios do mercado e as trocas comerciais entre os povos, cedo ditaram a internacionalização do comércio e hoje a sua globalização. Este fenómeno fez com que as normas que a compõe sejam hoje consideradas autênticos sistemas jurídico, cuja eficácia supera de longe as regras estatais.

O reconhecimento da *lex mercantil* não depende das regras estaduais e nem é aferida a partir desta. A sua legitimidade é-lhe conferida pela sua própria eficácia e funcionalidade. Está-se perante regras autónomas que seguem a sua própria lógica jurídica e fundadas em proposições distintas das do Direito Estadual.

A autonomia da *lex mercantil* impulsionou o desenvolvimento das organizações do comércio quer governamentais, que agem autonomamente, quer as não-governamentais, assim como os actores privados e quase públicos da economia global que hoje ostentam um nível de organização e funcionalidade superior das do Direito Estadual.

A economia global ao estabelecer o novo espaço jurídico vai reconquistar o Direito Consuetudinário que à margem das regras estaduais foi criando e sedimentando a *lex mercatória*.

Este Direito vai encontrar as suas fontes na praxis mercantil, contrariamente à do Direito Estadual que busca as suas preposições na doutrina e na jurisprudência. Não obstante, ao se comparar a organização e funcionalidade das grandes organizações do comércio governamentais (autónomas), tais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário

Internacional e a Organização Mundial do Comércio com as organizações de integração emergentes (União Europeia, ALENA, ASEAN, MERCOSUL, SADC). Estas últimas terão um longo caminho a percorrer para alcançar a dinâmica daquelas, facto que se prende com o fenómeno de harmonização subjacente nestas últimas.

As organizações do comércio internacional ao longo destes anos conseguiram um protagonismo e uma dinâmica inquestionável, no âmbito da regulação económica, ao ponto de impulsionar as grandes potências, como por exemplo os EUA a ceder uma soberania significativa quanto a regulação económica com o intuito de responder aos desafios da globalização.

O comércio global trouxe consigo novos actores ou organizações autónomas, distintos do Direito clássico (nacionais e internacionais). O surgimento destes novos actores no espaço jurídico ditou um novo relacionamento e uma nova lógica jurídica.

A coexistência no mesmo espaço, entre as organizações governamentais (instituições criadas pelos Estados) e as empresas multinacionais e organizações não-governamentais (actores ou organizações privadas ou quase privadas) desenvolveu um espaço multi-cêntrico de regulação jurídica. Cada actor ou organização surge como um corpo vivo autónomo face à outra instituição.

Estas instituições, dada a sua pertinência no mercado, afirmam-se como centros autónomos de regulação económica à margem dos Estados. Como se pode constatar dentro das novas organizações de integração económica, por exemplo, a União Europeia adquiriu dos seus membros poderes suficientes para a sua auto-criação, desenvolvimento e o alcance do seu fim último.

O compromisso dentro das organizações de integração faz com que os seus Estados membros revoguem as normas contrárias às da União e estejam proibidas de assinar convenções internacionais que entram em contradição com a política da União.

Com a globalização as organizações económicas conquistaram um espaço jurídico próprio distinto das ordens estatais e internacionais clássicas. Estas ordens dentro da coexistência espacial criam relações jurídicas transversais ao mesmo tempo que cada uma se projecta verticalmente.

Quando se analisa a lógica subjacente nas ordens jurídica constata-se a existência de preposições jurídicas distintas cuja ordem ou filosofia não se enquadra fora da sua estrutura interna.

A globalização económica ao criar um novo espaço jurídico lança um grande desafio a ordem jurídica estadual. Embora as ordens coexistam no mesmo espaço, esta realidade coloca a ordem jurídica estatal enfraquecida e enriquecida. Daí, o debate e o questionamento sobre o papel e a função do Direito Estadual no espaço globalizado.

Ao olharmos para a eficácia e funcionalidade das regras produzidas pelos vários actores económicos comparando-as com as do Estado levanta-se várias questões, tais como: o Estado teria hoje a ousadia de chamar a si ou reivindicar o direito de ser considerado o enunciador do Direito? O Estado teria legitimidade e poder para exercer hoje as funções de regulador, isto é de definir regras do jogo e harmonizar o comportamento dos actores económicos? Não! Hoje na economia globalizada não podemos esperar do Estado esta responsabilidade e muito menos estas funções. Tornar-se-ia hoje absurdo atribuir só ao Estado a função de regular o comportamento dos actores económicos.

Na verdade e curiosamente, hoje, constata-se que até a gestão dos negócios caseiros não se compadecem com as regras estaduais. Todo e qualquer negócio nacional tem repercussões e influências além fronteira – supra e transnacionais. A sua projecção depende, por exemplo, das taxas de juros e da concorrência internacionais.

A globalização económica tende afastar-se do modelo centralizador do Estado ao colocar os interesses económicos do cidadão acima dos direitos económicos dos Estados.

A globalização ao inverter o sentido do poder ou da acção governativa do Estado, outrora definido como o exercício do poder económico para *governance*²³² abre o espaço para o transconstitucionalismo económico.

A globalização destruiu as fronteiras e desespacializou os capitais colocando-os dentro de uma multiplicidade e diversidade de “carteiras”.

²³² A condução dos negócios que não estaria absolutamente ligada a uma onipotência da soberania estatal. Precisamente, *governance* é definida como a soma das diversas vias através das quais indivíduos e instituições, tanto da esfera pública como da esfera privada, conduzem seus negócios comuns.

Com a globalização deu-se a integração de mercados financeiros. A vantagem deste regime foi o surgimento e a oferta de novos produtos no mercado financeiro e as taxas de juros muito atractivos e baixos, como por exemplo, os produtos de crédito imobiliário. Por outro lado, a grande desvantagem deste fenómeno aliciente está na ocorrência das crises financeiras.

A história retrata que desde Bastiat sabe-se que em economia existe aquilo que se vê, e aquilo que não se vê. Por exemplo, a depreciação de uma moeda ou a insustentabilidade da dívida de um dos actores financeiros, o seu efeito negativo propaga-se como um vírus em todos os espaços.

Esta situação instala a crise financeira cujo impacto ou efeitos são nefastos no tocante aos activos financeiros, assim como a subida de juros de créditos. Esta realidade propicia a recessão económica mundial.

Apesar do fenómeno desestabilizador do mercado, a mobilidade de capitais tornou-se uma realidade e os ganhos destes são irreversíveis. Todavia, este fenómeno conduz a uma desregulação crescente dos mercados financeiros. Por outro lado, a desregulação e a liberalização do mercado financeiro abre a porta para os riscos e com estes às crises financeiras.

Para lidar-se com este fenómeno, o espaço globalizado criou uma regulação ao nível transnacional para prever as regras mínimas quanto aos requisitos de fundos próprios e limites à concentração de riscos.

O acordo de Basileia (1988) foi ditado por esta necessidade, embora não suficiente para travar o fenómeno. Por outro lado, as iniciativas dos Bancos Centrais quanto a regulação e supervisão tornaram-se uma necessidade contínua²³³. Todavia, vozes como de Alan Greenspan²³⁴ insurgem apontando negativamente contra a ideia do retorno ao papel do Estado como regulador do mercado.

Este retorno sufocaria a lógica estratégica de investimentos e colocaria em causa o motor da economia que é a busca desenfreada do lucro. A desregulação aqui chamada

²³³ STIGLIZ, Joseph, 2002, Globalização – A grande Desilusão, Terramar, pág. 131.

²³⁴ Comandou o Federal Reserve dos EUA por 18 anos.

passa por uma auto-regulação do próprio mercado – por exemplo, as restrições impostas pelos próprios investidores pelos bancos e outras instituições financeiras de créditos.

Com esta nova lógica e política do mercado livre fica claro que, a regulação externa sobre as estratégias de investimentos, limitariam a assunção de riscos dentro da economia globalizada. Por outro lado, Greenspan sugere e aponta para o facto de vários regulamentos serem melhores que um, pois o regulador solitário torna-se avesso ao risco. O mercado é livre e não deve ser outra coisa senão liberto de ataduras – livre no sentido de não ser regulado por uma mão invisível. Este deve ser regulado pelas mãos de actores intervenientes, dentro da flexibilidade e dinamismo do mercado.

A história e os factos revelam que a pretensão da ONU na regulação do mercado é positiva e bem-vinda desde que seja mínima para salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos no espaço globalizado. Todavia, a flexibilização do sistema financeiro em resposta aos ditames do mercado livre e concorrencial pode levar à estagnação e ao ilogismo do próprio mercado.

A solução das crises económicas não está no retorno a regulação centralizada do mercado. As crises podem levar a irracionalidade ou a pensamento não reflectido – voltar para a lógica clássica da regulação financeira – controlo estadual e centralizada da economia financeira. Por outro lado, a história mostrou que nenhum Estado ou organização económica e financeira por si só, chamada a regulação, conseguiram concertar as falhas do mercado.

Na realidade é o próprio mercado que através da auto-regulação que cria e supera as crises que ela própria foi criando. As falhas e as crises do mercado só podem ser combatidas se cada actor na sua jurisdição económica e financeira criar mecanismos e estratégias para o combate a crise com uma regulação eficiente e que tenha em conta os direitos fundamentais do cidadão.

Esta dinâmica de regulação imposta pelo mercado e pela emergência do espaço supra ditou a supremacia dos actores multinacionais e das Organizações Internacionais (governamentais ou não governamentais) na regulação do mercado e consequentemente nas vidas dos cidadãos dentro do espaço globalizado. A título de exemplo, pode-se

destacar algumas áreas exclusivas de auto-regulação, outrora monopólio dos Estados, tais como: a) as telecomunicações; b) as relações laborais.

4.1.1. A auto-regulação telecomunicativa – servidores e operadores

A Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto (Lei de Bases das Telecomunicações de Portugal) define telecomunicações como a transmissão, recepção ou emissão de sinais representando símbolos, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fios, por sistemas ópticos, por meios radielétricos e por outros sistemas eletromagnéticos.

O fenómeno da globalização e liberalização do mercado fez com que o monopólio estadual das telecomunicações que existia, por supostos motivos de segurança económica e de unidade técnica, entre a infra-estrutura e a exploração, encontrasse o fim com a imposição do novo espaço transnacional. As grandes empresas multinacionais e corporativas tomaram o protagonismo das tecnologias multi-médias e com estas as telecomunicações.

O desenvolvimento das redes digitais de serviços integrados (RDIS), comunicações integradas de banda larga (IBC) e as transferências assíncronas (ATM) impulsionaram serviços cruciais de correios electrónicos, videoconferências e serviços multi-médias. Este fenómeno fez com que hoje se possa contar com várias sociedades de informação e dentro de uma concorrência auto-regulada.

As medidas impostas pela globalização no tocante a liberalização do mercado forçou os Estados e as empresas públicas a abdicarem do monopólio da actividade reguladora. Não obstante, estas últimas, hoje, se posicionam como concorrentes ao lado das empresas privadas.

O protagonismo estadual da regulação das telecomunicações remonta ao século XIX e desde então foi sempre uma área económica privilegiada e altamente protegida pelos Estados.

A regulação e controlo das telecomunicações foi sempre pertença da jurisdição estadual²³⁵.

As telecomunicações foram e continuam a ser uma área exclusiva e pertença da soberania e esteve sempre ligada e relacionada com a segurança dos Estados/nações.

A informação e comunicação do Estado esteve desde o início ligada as rádios militares e a contra inteligência.

Esta jurisdição estadual apesar da evolução e vicissitude da globalização, continuou salvaguardada e reforçada pela Constituição e Convenção da União Internacional das telecomunicações (ITU – Constituição) de 1992.

Nas últimas décadas, o mundo assistiu uma revolução incontornável no mercado das telecomunicações com a construção física das “*networks*” telecomunicacionais através da wireline (cabos terrestres ou submarinos) e *wireless* (satélites).

A efectivação destas tecnologias e investimentos não só exigiram uma infraestrutura internacional de “*network*” mas também uma cooperação estreita entre os Estados e companhias comerciais, quer para instalação, quer para operação e protecção dos cabos submarinos contra os malefícios dos homens e da própria natureza²³⁶.

A efectivação deste empreendimento da “*network*” aumentou a capacidade e a velocidade das transmissões e uma ligação trans-oceânica e atlântica eficiente e qualitativa das telecomunicações.

Estas tecnologias impulsionaram os serviços da Internet com o descongestionamento das interferências entre as frequências das rádios e satélites telecomunicativas. Este empreendimento foi salvaguardado através de uma regulação internacional – Direito do Mar - (alínea c), artigo 21, 58, 79 e 112 da Convenção das Nações Unidas sobre o Mar, de 10 de Dezembro de 1982, que entrou em vigor em 16 de Novembro de 1994)²³⁷.

²³⁵ Cfr., §1, do Preâmbulo da Constituição e Convenção da União Internacional das Telecomunicações de 22 de Dezembro de 1992, em vigor a partir de 1 de Julho de 1994.

²³⁶ Cfr., n.º1, artigo 48 da ITUC.

²³⁷ Muito antes da Convenção das Nações Unidas, foi adoptada, em Paris, uma Convenção sobre a protecção de cabos telegráficos submarinos (CPSTC) de 14 de Março de 1884, cuja jurisdição ia até fora das águas

O sector das telecomunicações, quer ao nível nacional e internacional, foi e continua a ser o mais privilegiado pelos Estados e mais regulado pela pertinência intrínseca e extrínseca do poder da informação e comunicação na segurança, economia e na vida individual.

Todavia, os desafios da globalização e o desenvolvimento do sector fizeram com que nas últimas décadas a situação se invertesse, ditada pela economia liberalizada do mercado económico.

O monopólio estadual, onde o Estado se apresentava como dono e senhor – operador e regulador – desaparece e deixa de ser funcional dada a lógica e liberdade do mercado.

Nas últimas décadas, o desenvolvimento das tecnologias de telecomunicações, principalmente no tocante as *hardware* e o baixo custo das técnicas de transmissão via satélite, fibra-ótica, micro-ondas, assim como os serviços de internet e telefones celulares, conduziram ao processo de descentração da regulação, produção e comercialização.

Esta dinâmica foi acompanhada com a criação da Organização de Cooperação Económica (OECD) nos anos oitenta que culminou com a separação entre as actividades de operação, administração de telecomunicações e as actividades de regulação.

Esta separação ditou uma viragem nas telecomunicações ao ponto de, por exemplo, no ano 2000 o mundo pudesse contar com cerca de 101 agências de regulação de telecomunicações e cerca de 50% do sector de telecomunicações privatizado.

Este movimento de descentralização da regulação das telecomunicações, embora tenha encontrado um terreno fértil no ocidente, o mercado asiático e os países árabes não respondeu da mesma forma.

Até hoje, assiste-se uma forte resistência a descentralização da regulação das telecomunicações na Ásia e, o exemplo mais recente é o caso da China que teima por controlar a Internet e o facebook. Não obstante, embora se assista esta resistência contra

territoriais dos Estados, isto é, até onde os submarinos estavam instalados. Em 1975 foi estabelecido um Comité Internacional de protecção de cabos.

os desafios da globalização do mercado, felizmente, hoje nos países asiáticos conta-se com muitas empresas público-privadas licenciadas e a operar autonomamente neste mercado.

Os desafios da globalização aliados a força do mercado e da concorrência, quer ao nível de infra-estruturas quer das operações, determinaram que a União Internacional das Telecomunicações (ITU) nos anos noventa abrisse o mercado ao sector privado na área de fabrico de equipamentos, prestação de serviços e operação de *networks*.

Dentro da mesma dinâmica, despontou um novo fenómeno na arena nacional, o surgimento de organizações nacionais de regulação de estruturas, a título de exemplo, pode-se indicar a German Institute for Standardization, a American National Standards Institutes (ANSI) e a British Standards Institution (BSI). Esta última gozando de uma autonomia e independência do Estado.

Acima das organizações nacionais foram e estão a ser criadas organizações regionais com enorme influência dos seus Estados, podendo, a título de exemplo enumerar algumas, tais como, *European Committee for Standardization* (CEN), *European Committee for Electrotechnical Standardization* (CENELEC), ANSI X3 nos Estados Unidos e *Japanese Telecommunication Technology Committee* (TTC).

As organizações nacionais jogam um papel preponderante na regulação e standardização, posicionando-se como interfaces entre os seus Estados, organizações regionais e internacionais da standardização (ISO), assim como na *International Electrotechnical Commission* (ICE).

Os Estados assumem-se como pivô na harmonização dos padrões de standardização emanados das organizações regionais e internacionais. Não obstante, ao lado dos Estados proliferam várias organizações privadas, embora sem estatuto formal e assumem elas próprias a responsabilidade pelos padrões dos seus produtos no mercado concorrencial.

A concorrência imposta pelos actores privados fez com que a União Internacional das Telecomunicações (ITU) responsável pelo todo tipo de telecomunicações e regulação

técnica e cooperação à escala global²³⁸, voltada na fase inicial aos Estados membros, admitisse os actores privados que operam nas indústrias de telecomunicações como os interlocutores válidos para as grandes decisões²³⁹.

Hoje, dada a evolução e desenvolvimento das tecnologias, assim como das alternativas abertas pelos serviços da internet e *networks*, de acordo com as estimativas correntes, pode-se afirmar que menos de 10% do tráfico das telecomunicações internacionais é gerenciada pela ITU's²⁴⁰.

O processo de regulação internacional das telecomunicações, dada a sua especificidade e a componente económica e comercial, de nenhum modo ficaria fora das ligações das grandes organizações internacionais, tais como World Trade Organization (WTO) e *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*.

Quanto ao WTO e de acordo com os seus instrumentos, cabe-lhe a função de facilitar a implementação, administração e operação²⁴¹. Por outro lado, dada a relevância geral do acordo do comércio com o GATT relacionado com aspectos de direitos de propriedade intelectual quanto a indústria de equipamentos e serviços de telecomunicações, a WTO tornou-se um actor preponderante de regulação na área das telecomunicações internacionais.

A WTO posiciona-se hoje como o baluarte nas liberalizações internacionais dos serviços de telecomunicações, promoção e orientação dos investidores a nível internacional. Não obstante, o Protocolo 4, sobre o Acordo Geral dos Serviços

²³⁸ A ITU dispõe de 3 instrumentos jurídicos: ITU-Constitution – Tratado Internacional Constituído de Provisões Básicas, isto é, os propósitos, composição, direitos e obrigações dos Estados membros; ITU Convention – Convenção da União Internacional das Telecomunicações – esta contém procedimentos operacionais sujeita a uma revisão constante e precisando para o efeito só de 50% dos seus membros. Em contra partida, a ITU-Constituição precisa de 2/3 dos seus delegados; As ITU Rádio Regulation – contém princípios gerais no tocante ao assignment e o uso de frequências e orbital slots.

²³⁹ Cfr., artigo 3º (3) da ITU-Constituição. Hoje conta com mais de 609 actores regionais distribuídos em 3 sectores: desenvolvimento de telecomunicações (ITU-D) com mais de 328 actores; rádio-comunicação (ITU-T) com mais de 314. Estes dados são de 24 de Outubro de 2007.

²⁴⁰ GUERRIERI, P and SCHARRER, H. E (ed.) Trade, Investment and Competition Policies in the Global Economy: The Case of International Telecommunications Regime (Nomos Baden 2002). p. 36.

²⁴¹ Cfr., o nº.1, artigo III, do Acordo de Marrakesh que estabeleceu a World Trade Organization (adoptado a 15 de Abril de 1994, tendo entrado em força a 1 de Janeiro de 1995) 1867 UNTS 154.

Comerciais, enfatiza a liberalização do mercado e oportunidade para o fornecimento ao estrangeiro mas também para a promoção da competitividade na política reguladora.

Dentro desta dinâmica, a WTO liderando este processo evidenciou-se pelo seu protagonismo regulador ao liderar um movimento de liberalização da *networks* e serviços de telecomunicações através da concorrência competitiva, fazendo com que os custos fossem baixos e promovendo assim o crescimento económico.

Não menos importante, a GATT desde o início se posicionou como um dos sujeitos internacionais das telecomunicações cujo papel predominante se notabilizou no sistema multilateral do comércio, caracterizado pela liberalização, não discriminação e transparência do comércio.

Na verdade, na história do comércio de serviços de telecomunicações, a GATT foi a primeira a estabelecer um acordo global com provisões jurídicas de carácter obrigatória para os seus membros.

O GATT concentra-se nas medidas de distribuição de bens e serviços do comércio de telecomunicações, criando leis, regulamentos, regras, procedimentos, decisões e acção administrativa (Artigo XXVIII GATTs).

Não obstante, o desenvolvimento galopante das tecnologias de telecomunicações, *networks* lançou um grande desafio as instituições e organizações vocacionadas para regular a economia e o comércio mercantil.

Na verdade, desde a entrada em acção das medidas reguladoras estabelecidas pelo GATT, assistiu-se um crescimento não comum da Internet e do *e-commerce*.

Hoje, grande parte, senão a maior de serviços, são electronicamente comercializáveis e a *e-commerce* está em expansão.

A legislação adoptada pela WTO para lidar com este fenómeno do comércio electrónico global quanto a produção, distribuição, mercado, venda e distribuição de bens e serviços electrónicos²⁴², demonstrou ser insuficiente para lidar com esta nova realidade e fenómeno telecomunicacional. Daí que, a GATT tenha sido chamada para criar uma

²⁴² Vide, WTO work Programme on Electronic commerce (30 September 1998) WT/L/274

plataforma evolutiva capaz de articular toda a legislação²⁴³ criada pela WTO e esta nova vertente da globalização impulsionada pelas novas tecnologias de comércio *e-commerce*.

O estágio da regulação de telecomunicações, hoje, no mundo globalizado e dada a sua evolução, não encontra uma resposta adequada nas instituições e organizações que tradicionalmente lidam com estas matérias. Por outro lado, é notável o esforço destas instituições tradicionais ao modernizarem-se e lançarem-se ao mercado livre e concorrencial.

Todavia, apesar deste esforço, cada dia que passa, nota-se um grande défice de cobertura regulamentar. O Direito tem caminhado ao reboque da realidade e do desenvolvimento do mercado das telecomunicações. Tornou-se claro que a tentativa de regulação doméstica do *e-commerce* constitui uma aberração constitucional e refratária a realidade estadual.

Esta realidade fez com que as organizações regionais de integração emergentes não se fizessem esperar e aderissem aos acordos da WTO e os do GATT, assim como ao comércio multilateral.

Esta abertura estratégica das organizações regionais fez com que, por exemplo, o caso da União Europeia se tornasse um importante actor no sector das telecomunicações a nível da União e no mundo.

A liberalização do sector das telecomunicações da União Europeia, em 1998, fez com que a Comissão Europeia adoptasse em 2002 directivas relacionadas com estas matérias, tais como: Directiva sobre a competição no mercado das comunicações electrónicas de serviços e networks (2002/21/EC, de 7 de Março; Directiva sobre o processamento de dados pessoais e de protecção da privacidade no sector da comunicação electrónica.

O fenómeno da globalização impulsionado pelo desenvolvimento tecnológico e pela economia livre do mercado, ao permitir a interligação entre as redes públicas de

²⁴³ Designadamente: i) nas matérias de comércio e bens – GATT Council for Trade in Goods; ii) comércio e serviços – GATT Council for Trade in Services; iii) comércio no âmbito da propriedade intelectual – TRIPS Council for Trade Related aspects of Intellectual Property; iv) comité de desenvolvimento do comércio.

telecomunicações e a reconversão dos sistemas para a multifuncionalidade das redes, abriu o espaço para a concorrência e a liberalização do mercado.

O sector privado e público estabelece um diálogo aberto para estabelecer princípios básicos de competitividade e novas formas de regulação.

O monopólio do Estado encontra assim o seu termo, dando espaço às multinacionais que se erguem como proprietárias das infra-estruturas, operadoras e fornecedoras de serviços de telecomunicações²⁴⁴. Não obstante, este diálogo foi ofuscado com a nova lógica mercantil e o predomínio das regras económicas financeiras de economia do mercado.

A nova regulação vai passar por uma desregulação e flexibilização das normas para responder os desafios da economia de mercado, da globalização e da salvaguarda dos interesses sociais, assim como dos direitos fundamentais dos trabalhadores e consumidores.

4.1.2. Os sindicatos e o processo de auto-regulação legislativa

A globalização impulsionada pela liberalização do comércio transfronteiriço tem revelado, dia após dia, quão importante é a pertinência dos privados no processo de auto-regulação.

O movimento de desregulação que se tornou visível a partir dos anos oitenta não visava criar uma sociedade sem normas, pelo contrário pretende fazer que as forças vivas da sociedade assumam a liderança das suas acções, numa estreita relação de equilíbrio e complementaridade.

Na verdade, o surgimento das organizações de grupos profissionais não é fruto da globalização ou da economia do mercado. Estes remontam ao período dos assalariados ou forças produtivas. Todavia, a regulação das suas actividades e o relacionamento com os

²⁴⁴ MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço (2000) Direito da Informática, Almedina, pg.45 e 46.

outros grupos nunca foi chamado para a esteira ou patamar das atenções da sociedade, como o é hoje.

Quando se analisa a acção dos grupos profissionais, a melhor amostra a tomar, como exemplo, são os sindicatos detentores das regras de jogo entre os empregados e empregadores.

Na verdade, a acção destas organizações profissionais esteve e está presente em todos os Estados e regimes, implícita ou explicitamente. Por outro lado, a história mostrou que alguns Estados ou regimes confundiram-se com os ideais destas forças trabalhistas ao ponto destas serem usadas como intermediárias ou forças de vanguarda nos processos de mudanças sociais, económicas e políticas.

Na verdade, a produção legislativa laboral esteve sempre nas mãos dos Estados como actor privilegiado da regulação neste domínio. Todavia, as relações laborais mostraram que a tutela do trabalhador não deve ser exercida apenas pela legislação.

O Estado não pode ser ao mesmo tempo o empregador, legislador e negociador. Com a abertura do mercado e o surgimento de empresas privadas, o Estado através das empresas públicas passou a ser um dos concorrentes e, o seu protagonismo diluiu-se.

A protecção das partes - trabalhadores e empregadores - passou a ser feita mediante acordos dirigidos pelos sindicatos.

Os sindicatos como uma organização dos trabalhadores no sentido clássico, quer como representante dos trabalhadores quer como braço e intermediário do Estado desaparece e deu lugar ao pluralismo sindical.

A regulamentação das relações de trabalho através de acordos ou convénios colectivos deve ser realizada dentro do pluralismo e da liberdade sindical. Não obstante, o Estado continua a ser o maior empregador, com incidência nos países em desenvolvimento e de economia virada para a componente social.

O desafio da globalização e a economia do mercado, através da sua lógica e regras, não criou outra alternativa aos Estados senão a privatização das empresas públicas. Com a privatização destas, a regulação passou a ser ditada pelos grupos profissionais através do pluralismo sindical.

Este fenómeno fez com que os Estados se retratassem e se posicionassem como Estados cidadelas, guardiões e estratégicos. Este retratamento e desengajamento do Estado fizeram com que este chamasse a si o papel de árbitro dentro das negociações e da produção das normas reguladoras nacionais.

Este posicionamento do Estado abriu espaço para uma maior e progressiva internacionalização da produção normativa.

Portanto, esta realidade fez com que os Estados abrissem a mão ao poder legiferante e, com este, o crescimento do movimento pró desregulação e flexibilização das normas laborais.

Esta lógica de economia e do comércio livre assenta no pressuposto de que a flexibilização das normas do Direito Laboral visam assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador. Por outro lado, em contrapartida, esta flexibilização deve garantir a sobrevivência das empresas, por meio de modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e aos empregadores a possibilidade de adaptação dos seus negócios, mormente em época de crise económica.

A experiência demonstrou que sendo o Direito uma realidade eminentemente humana e social, este precisa de ser criado no meio social, isto é, nas relações laborais e entre as partes envolvidas na acção.

A negociação colectiva de trabalho constitui um exemplo vivo de regulação a partir de base, onde estão envolvidos todos os proponentes – empregados, empregadores e o governo. Não obstante, as normas daí resultantes, para a sua legitimação, dependerem das provisões do Direito interno de cada país.

Esta experiência negocial, a nível supranacional, reúne sindicatos e empresas em todos os espaços – intra – infra - supra.

No âmbito da globalização das relações económicas e sociais urge uma negociação colectiva (globalizada) distinta da nacional, internacional - regional e supranacional.

Face a esta realidade globalizante, verifica-se que as previsões da Organização Internacional do Trabalho (OIT) não satisfazem integralmente as exigências das

negociações a nível das organizações de integração regionais. Portanto, esta lacuna impõe a criação de instrumentos que tenham em conta os interesses económicos, direitos sociais e trabalhistas.

Esta realidade aliada à lógica e à lei do mercado e da concorrência ditaram uma nova dinâmica nas relações laborais com a introdução de dois institutos: a desregulação e a flexibilização. Por outro lado, esta nova realidade vem fragilizar a experiência jurídica de negociação colectiva cujo domínio coloca de fora os trabalhadores informais, privilegiando só as categorias profissionais organizadas em sindicatos.

Na verdade, intervêm no espaço global os espaços infra, intra e supra estatal, congregando todos os actores profissionais.

Este novo figurino impôs um novo tipo de acordos – acordos multilaterais e pluralistas, assim como convénios colectivos transnacionais, onde se pode destacar corporações multinacionais e organizações sindicais mundiais. Portanto, os acordos tripartidos e pactos sociais vigentes devem ser emancipados para responder a nova dinâmica da economia global.

O pacto social é o rescaldo de uma situação de crise política ou económica, na qual intervêm os principais actores sociais para salvar os interesses mais altos da nação – a sociedade e os direitos fundamentais do cidadão. Nesta intervêm os empregadores, massa laboral e o governo.

O pacto, ironicamente, situa-se acima dos interesses destas classes ou grupos profissionais e das convenções colectivas. Por outro lado, as cooperações multinacionais, actuando numa perspectiva global e globalizante, para a sua segurança e garantia no mundo comercial, realizam acordos e convenções com as organizações sindicais ou federações sindicais mundiais, regrando a sua relação com todos os trabalhadores das suas empresas dispersas pelo mundo²⁴⁵.

Por exemplo, no âmbito da União Europeia, pode-se constatar que com a assinatura do primeiro acordo colectivo em 1995, sobre licença remunerada de 3 meses para assuntos familiares e, em 1997 o acordo colectivo para incrementar o emprego na

²⁴⁵ Vide, a título de exemplo a Fonterra (Nova Zelândia) e a Anglo-Gold (na Africa do Sul).

agricultura, entre a Federação Europeia de Sindicatos (CES), o Grupo Europeu de Organizações Patronais Agrícolas (GEOPA) e a Confederação de Organizações Patronais Agrícolas (COPA), o poder legiferante que outrora constituía um privilégio dos Estados, caiu nas mãos dos grupos profissionais.

As matérias sócio laborais, tais como os direitos de negociação colectiva, a saúde e segurança no trabalho, a fixação do salário mínimo, o direito a informação e a consulta por parte do trabalhador, o trabalho infantil, estão hoje nas mãos destes grupos profissionais.

Apesar da evolução na regulação laboral e a sua projecção ao nível internacional e supranacional, cada dia que passa, brotam novas realidades e relações laborais que não estão cobertas com estas transformações.

O desenvolvimento tecnológico e a globalização do mercado criou novas formas de emprego e de rendas que exigem uma regulação atenta. Por um lado, apesar da regulação ter procurado adequar-se as relações de trabalho, no espaço e no tempo, passando do contrato individual para o colectivo, da organização sindical nacional para internacional e de integração regional, constata-se que a globalização criou as novas formas de produção, um novo espaço, uma nova relação de trabalho e uma multiplicidade de organizações colectivas, fazendo com que o próprio conceito de contrato se esvaísse.

Este fenómeno da globalização do mercado permitiu o alargamento das matérias objectos de acordos e da regulação, a saber: do contrato nacional ao contrato internacional, da formação profissional, da redução das jornadas laborais, das medidas fiscais, das tarifas e preços dos serviços públicos, da concessão de benefícios fiscais aos empresários, dos encargos sociais, do controle da inflação e acresce-se a problemática do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável e da planificação económica.

Estas novas matérias emergentes com a globalização não encontram cobertura dentro do figurino jurídico tradicional. Daí que, esta realidade desreguladora lance o desafio e crie um novo modelo de regulação através da desregulação assente na lógica e lei do mercado.

Portanto, hoje, colocar a regulação nas mãos das leis do mercado seria, por um lado, deitar abaixo as conquistas seculares alcançadas pelas massas laborais, através de muitas privações e sacrifício. Por outro lado, a abertura para os novos desafios e para a lógica da lei do mercado, seria potenciar estas mesmas conquistas, ou seja, uma maior garantia e salvaguarda dos interesses individuais e direitos fundamentais.

A globalização clama por uma desregulação e flexibilização normativa para responder ao novo paradigma social e as exigências do mercado e da economia em crise.

A crise económica vivida no mundo globalizado é caracterizada e justificada pela falta de uma regulação flexível que possa garantir um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e ao empregador - a prerrogativa de poder modificar os comandos legais com o intuito de adaptar os seus negócios a nova conjuntura económica do mercado.

Dado o papel diminuto do Estado no espaço global do mercado livre, o fenómeno da regulação das relações laborais clama por uma flexibilização e não para uma desregulação - no sentido de o Estado retirar a protecção normativa conferida ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou colectiva regulasse as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindas da relação.

O Estado continua a ser um dos interlocutores válido e indispensável neste novo desafio, por ser a base ou a plataforma onde este desafio se opera e, na derradeira do processo, este terá de assumir as garantias mínimas quanto aos direitos fundamentais do próprio indivíduo.

É nesta insolvência que é chamada a flexibilização por estarmos na senda dos direitos fundamentais do trabalhador - inegociáveis e inalienáveis.

Neste processo globalizante, a desregulação é requerida dentro das relações colectivas de trabalho, onde a interferência do Estado deve ser reduzida ao mínimo, para uma maior liberalização sindical e do patronato, na regulação das relações laborais²⁴⁶.

²⁴⁶ A temática da flexibilização das relações laborais culminou com o surgimento de três correntes: i) *Flexibilista* que defende a aplicação da Lei quando a economia está estável e a flexibilização das regras para o pior ou melhor quando esta está em crise; ii) *Anti-flexibilista* – esta defende uma alienação aos direitos conquistados pela massa laboral; iii) *Semi-flexibilista* – Deve existir uma norma legal mínima ou regras básicas e o resto pode ser determinado pelas convenções ou acordos colectivos.

4.1.3. Os desafios da Lex Mercatória e o Direito Internacional Global

O Direito dos grupos profissionais é uma realidade inquestionável e incontornável na sociedade global. Este fenómeno trouxe grandes desafios à ordem jurídica formalmente estabelecida e logicamente fundamentada.

O maior desafio, como geralmente se pensa, não está na aceitação deste Direito como ordem jurídica por não reunir os requisitos ou padrões estabelecidos na doutrina clássica do Direito.

Inquestionavelmente, o Direito está aí e as normas que o compõem são regras gerais do Direito, a semelhança de qualquer regra, pela sua acção reguladora. Portanto, esta justificação não colhe consenso, por ser infundada e não mais sustentável.

Um dos questionamentos e desafio deste Direito prende-se com o seu relacionamento com as ordens jurídicas tradicionalmente constituídas. Deve este Direito de grupos profissionais, embora autónomo, seguir a sua própria lógica sistémica, sem ter que observar os *standards* e os deveres dos seus próprios Estados nas mesmas matérias?

Na verdade, estes grupos profissionais estão mais ligados a uma ordem transnacional e não dos seus próprios Estados.

Constata-se que a organização e a estrutura destes grupos profissionais diferem por muito da dos Estados. Esta-se perante uma ordem jurídica arbitral.

Portanto, o Direito dos grupos profissionais só pode existir dentro de uma regulação própria e específica que o Estado não está vocacionado para o efeito.

Esta incapacidade do Estado, em parte, foi ditada pela dinâmica e evolução do conceito do poder que se deslocou do (poder) governativo para *governance*. Por outro lado, pela falta de conhecimento fiável sobre a nova realidade económica infra e supra-estatal e, conseqüentemente, por não ter evoluído no tempo e no espaço, dada a sua estrutura pesada e centralizadora.

Esta realidade fez com que o Estado ficasse desprovido de meios e mecanismos para responder de uma forma adequada e atempada com normas eficazes²⁴⁷.

Os desafios da globalização levaram os vários sectores da vida social e económico passassem para a auto-regulação em resposta a esta nova dinâmica. A título de exemplo, sectores como comércio e internet não podem ser regulados com eficácia ao nível estatal.

Pelo facto destes sectores não encontrarem enquadramento no espaço jurídico estadual não significa que deixa de haver um relacionamento entre os grupos profissionais e os seus Estados. Entenda-se em boa palavra que não se trata da criação e projecção de uma nova ordem jurídica substituta da então.

Na verdade, melhor dito, esta-se perante uma nova juridicidade que não se esgota no âmbito estadual mas que extravasa esta, alargando-se ao infra e supra-estatal.

Esta nova juridicidade abre espaço para ordens jurídicas paralelas e permeáveis umas as outras cujos actores não são só os Estados mais principalmente os grupos profissionais e outras forças sociais.

O Direito tradicional deixa de ocupar o pivô das relações jurídicas. Os grupos profissionais colocam no contrato o sustentáculo das suas relações. A produção legislativa desloca-se do legislador clássico para o privado ou melhor para o grupo ou indivíduo.

A lei protagonizada como fonte formal do Direito dá lugar à vontade das partes – grupos profissionais.

As decisões judiciais cedem as decisões dos advogados e os tribunais são substituídos por centros de arbitragens cuja dinâmica satisfaz os princípios ou a alma do negócio – a antecipação e a oportunidade.

Nasce um Direito que deixa de ser caracterizado pela coacção, universalidade, generalidade e abstracção. O recurso a coacção cede lugar à mediação e a arbitragem em detrimento da imposição e imperatividade. A universalidade é substituída pela aceitação das partes.

²⁴⁷ HESPANHA, António (2000) O Calidoscópio ... pág. 442.

Exemplos vivos de sucessos dentro desta nova juridicidade, são trazidas pela eficácia e segurança das relações entre os grupos profissionais ou organizações que actuam ao nível do comércio internacional (WB, OMC, FMI) e ultimamente na relação estabelecida dentro das organizações de integração económica.

Neste novo espaço jurídico constata-se que a norma clássica deu lugar aos códigos de conduta ou éticos dos grupos profissionais. Por outro lado, nas organizações de integração criam-se novos dispositivos legais, tais como as directivas e as decisões quadro.

A lei formal, a doutrina e a jurisprudência já não respondem a esta nova realidade jurídica. Está-se perante um Direito que nasce a partir de regras particulares e das vontades das partes, centralizado na pessoa do juiz arbitral que na sua maioria são advogados ou juizes convencionais escolhidos e aceites pelas partes.

Nasce um Direito que é designado por “*soft law*”²⁴⁸, brotando da auto-regulação dos grupos particulares, menos punitivo mas mais reconciliador. Este Direito provou ser o mais flexível e célere na resolução de litígios entre as partes subscritoras.

Nas organizações de integração, por exemplo na União Europeia, a dinâmica da regulação ditou uma evolução positiva e significativa ao estabelecer-se uma nova modalidade de regulação através das decisões quadro e das directivas - que continuam a surtir o efeito positivo na regulação económica e política.

Para a protecção económica das ilicitudes criminais, o legislador introduziu as decisões quadro para lidar com esta área penal. Nesta nova área de regulação que leva o selo de pública e que toca com a liberdade individual, os grupos privados intervêm paliativamente na regulação através das instituições como os “*plea bargaining*” ou os *lobbies* na defesa dos seus interesses particulares.

Nesta nova ordem jurídica o processo decisório e de criação do Direito assentam no juiz arbitral, colocando o sistema clássico em crise quanto a sua fundamentação e legitimação.

²⁴⁸ Ibidem, pg. 8

Esta-se perante uma ordem na qual o Direito é criado pelos despachos dos advogados e especialista e não mais pelo legislador. Os grandes pleitos no comércio internacional são decididos dentro da arbitragem pelos advogados ou professores universitários.

Esta prática, dada a sua eficácia e celeridade na resolução de conflitos particulares e ou privados, arrasta consigo até as pequenas acções, tais como, ao constataremos que simples contrato de arrendamento de uma flat são convencionados para o foro arbitral como instância vocacionada para a resolução dos litígios.

Encarada assim a ordem jurídica estatal, questiona-se sobre a legitimidade desta quando se estabelece que uma instituição é legitimada se for moralmente justificada. Qual é a justificação moral de uma ordem que já não persegue o seu fim último para que fora criada²⁴⁹?

Na realidade, o veredicto ou a sentença do juiz não socializa as partes hostilizadas quando esta coloca as partes numa situação de vencido e vencedor. Pelo contrário, a arbitragem humaniza e socializa as partes ao conciliar as partes e os seus interesses.

O processo arbitral é o mais simples, célere e eficaz, respondendo ao adágio mercantil “*time is money!*”.

A dinâmica mercantil não se coaduna com a lógica processual da ordem jurídica estatal. O juiz negocial assume-se como negociador, daí o seu papel de árbitro. Este fica vinculado ao acto pela sua nomeação ou convenção pelas partes. Daí, entender-se que as suas decisões são sempre negociadas. Representando este a vontade das partes fica criada a convicção ou garantia de que este não irá pautar pela subjectividade e arbitrariedade.

Esta-se perante um procedimento lógico e transparente que à partida dá a garantia e inspira confiança as partes, longe de toda a desconfiança que o sistema judicial clássico enferma – a arbitrariedade e a corrupção²⁵⁰.

²⁴⁹ O historiador Paolo Crossi é contundente nas suas críticas ao legislador estadual. De acordo com o autor, o legislador estadual era lento, alheio ao mundo da prática, vulgarmente dócil aos apetites dos partidos políticos. Esta realidade não se coaduna com as exigências de rapidez e transparência da prática económica.

²⁵⁰ De acordo com a Câmara de Indústria e Comércio Russo, cerca de oito mil firmas por ano são alvos de processos ou investigações solicitadas por rivais que procuram levá-las à falência ou absorvê-las. Muitas vezes usam-se batidas policiais de improviso respaldadas por ordens judiciais determinando que as empresas que pagam

O espaço jurídico global ao assumir estes desafios e ao elevar o Direito dos grupos profissionais como um novo paradigma do Direito contemporâneo, acentuou a importância e a imprescindibilidade do pluralismo das normas, criou na sociedade uma nova visão e sentimento jurídico diferente da dos padrões usuais.

O fenómeno da globalização suplantou a tradicional concepção de regulação outrora assente no poder governamental e ligada à soberania do Estado.

A globalização criou uma nova lógica governativa designada por controlo, distanciando-se da lógica tradicional governativa no sentido clássico de exercício de poder.

A globalização, hoje, não se adequa à lógica da regulação clássica onde o poder da regulação está depositado numa instituição ou soberania do Estado.

O poder regulador, hoje, emana dos interesses particulares dos cidadãos e dos consensos permanentes dos diversos actores no espaço globalizado.

A regulação, hoje, encontra a sua fonte e sedimentação no constitucionalismo dos diversos espaços jurídicos que depois se cristaliza dentro da acção partilhada e colectiva através do transconstitucionalismo.

A regulação como instituto foi e continua a ser o centro de gravidade e de desenvolvimento da vida em toda e qualquer sociedade humana.

O fenómeno da globalização ao identificar a lógica da regulação tradicional como inadequada para o dinamismo da vida contemporânea tratou de a contradizer e criar um novo paradigma.

Este novo paradigma encontra a sua fonte no poder mercantil – o mercado. De facto, o mercado desde o seu surgimento impôs-se como o motor de toda a regulação.

A regulação, no âmbito do mercado, desponta como uma ordem espontânea e viva que dinamiza a economia e o desenvolvimento da sociedade. Não obstante, a regulação

propinas aos juízes são as verdadeiras proprietárias das companhias atacadas. Em outros casos, a pressão judicial é usada para obrigar accionistas a vender suas acções. Uma investigação criminal custa de 20 a 50 mil dólares; uma blitz 30 mil, uma sentença favorável de 10 a duzentos mil” Vide, NETO, Pedro Scuro, Editor do Dossiê Pluralismo Jurídico – N, 06 – Janeiro - Fevereiro /2008 – Sociologia Jurídica – ISSN: 1809-2721.

mais do que a força da economia e sociedade, impôs-se como garantia da própria liberdade²⁵¹.

Não obstante, a ONU confrontada com a inércia do poder regulador clássico criou um movimento reformador – *Comission on Global Governance, Our Global Neighborhoods* – com o intuito de introduzir um novo paradigma regulador e salvar o seu protagonismo e liderança face a globalização.

Este movimento reformador parte da constatação de que a dinâmica da vida contemporânea não se conforma mais com a estrutura e modelo da regulação internacional clássico.

Na verdade, se a ONU quiser continuar a liderar o processo político e económico universal, assim como o destino das nações na nova sociedade global, deve criar novos modelos de paradigmas reguladores que assentam na força e na dinâmica da regulação mercantil.

Portanto, a sociedade global contemporânea, na óptica dos autores do relatório sobre governance global, “*deve ser caracterizada pelo Direito e não pela ausência do mesmo*”. Todavia, o Direito requerido para o efeito já não está de acordo com as regras do Estado tradicional clássico. Este já não responde a dinâmica dos mercados globais, quer no tocante a regulação e muito menos no que toca as garantias das liberdades e seguranças individuais.

Na verdade, o poder regulador nacional e internacional tornou-se inadequado e não pode ser invocado para garantir a estabilidade e desenvolvimento do espaço imposto pela economia global.

A regulação na sociedade globalizada vai deslocar-se do tradicional conceito de poder para o conceito actual de governance.

Esta nova óptica governativa – governance – assemelha-se a um organismo vivo, isto é um sistema organizado que mantém trocas com o seu meio ambiente e num processo de adaptação contínua.

²⁵¹ HAYEK, Friederich, A., *Droit, legislation et liberté*, trad. Francesa, 1-2, Lemirage de la justice sociale, PUF, Paris, 1981, Ch. 10 “L’ordre de Marché ou Catallaxee, p. 129 ss.

A dinâmica da economia e do mercado financeiro global dita o modelo ou o paradigma da regulação.

A regulação nesta nova realidade global deve impor-se como o demiurgo platónico que cria sem se identificar com o criador e nem com a criatura, isto é, como um movimento mágico que cria unificando mas mantendo a diversidade – uma instância neutra mas conciliadora dos interesses individuais, nacionais e supranacionais. Está-se perante um modelo de regulação que pode ser caracterizado por multiforme, primando pelo colectivo sem fazer desaparecer o individual, isto é a diferença.

A ONU atenta e abalada pela actual crise económica reforça a sua intenção de governança global em criar um mecanismo global de controlo da economia global e instituir uma fonte independente de receitas.

Esta nova ordem económica mundial está longe da sua constituição pela falta de uma fonte independente que possa garantir a implementação desta medida.

Na verdade, a ONU possui procedimentos eficazes para produzir leis e regras, assim como mecanismos para a imposição das mesmas – o Tribunal Penal Internacional – embora este não esteja vocacionado para tal (bastando para tal olhar para o processo que enferma de hibridação).

A Comissão “*Our Global Neighborhood*” para efectivar esta intenção da governance global propôs em 1995 a criação de um novo Conselho de Segurança Económica²⁵².

A regulação na sociedade global ao impor um novo paradigma deve ser encarada dentro deste novo modelo de poder governativo – governance, controlo, política pública, acção directa e resolução de conflitos e arbitragem.

A filosofia da nova regulação deve responder a dinâmica dos mercados e aos desafios da globalização que se organizam em redes ou espaços infra, intra e supra-estatal.

²⁵² O novo Conselho de Segurança Económica tinha como jurisdição, de entre outras, a segurança mundial, crises ecológicas e económica, isto é, controlar a economia mundial, fazendo com que esta cresça dentro do desenvolvimento sustentável.

A ocorrência das ordens normativas paralelas – Direito dos grupos particulares – e a crise imposta ao sistema tradicional pelo globalismo por um lado, assim como imposta ao constitucionalismo pela combinação supra, intra e infra dos espaços jurídicos, tornou o Direito mais permeável e com mútuas influências.

O novo paradigma ao suplantar a lógica e a estrutura do sistema jurídico, quando este substitui a figura e o instituto do juiz e legislador por um árbitro (advogado ou jurisconsulto) fez desmoronar a estrutura tradicional do Direito clássico.

Dentro desta permeabilidade das ordens jurídicas e a consequente decadência do sistema, vozes de desespero e de saudosismo ilógicos despontam: A privatização do Direito foi longe demais! Não seria a hora de trazer os juízes de volta? Teria algum cabimento, hoje, o Estado reivindicar o dever de supervisão das normas produzidas pelos grupos profissionais ou as decisões dos Centros ou Tribunais arbitrais? Haveria espaço para o governo, hoje, reivindicar o poder de regular os privados? Estas inquietações, embora legítimas, já não respondem a dinâmica irreversível do Direito do espaço globalizado.

O Direito do espaço globalizado ditado pela *lex mercatória* está enraizado na praxis e não na doutrina e nem na jurisprudência. Não se está a privatizar a justiça, como alguns advogam, mas a reforma do paradigma clássico do Direito Estadual que deixou de responder à evolução e dinamismo da sociedade e com esta o seu Direito.

A lógica do novo paradigma não se coaduna com a lógica do processo judicial clássico. O novo paradigma assenta numa lógica de arbitragem, mediação e outras formas criativas de justiça dos grupos particulares.

As novas formas de manifestações do pluralismo jurídico na nova ordem jurídica internacional tem-se desenvolvido através de várias fontes de Direito (infra, intra e supra-estatal) como já se fez referência atrás.

Nos últimos tempos e no novo espaço jurídico, onde a lei está a ser “resgatada” pelo globalismo e transnacionalismo, as ordens jurídicas plurais têm sido largamente alimentadas através de fluxos transnacionais que partem desde a migração económica,

transferência de tecnologias e *know-how*, mercadorias, comunicações, capitais, culturas e até migração de pessoas em busca de asilo²⁵³.

Este fenómeno envolve vários sujeitos intervenientes, desde corporações transnacionais, executivos empresariais, organizações governamentais e não-governamentais, instituições da ajuda humanitária e de desenvolvimento e vários actores privados.

Um dos fluxos transnacionais que hoje se impõe como fonte de direito pós-estatal nos países periféricos e que constitui um ponto de controversas, dada a sua natureza teleológica, manifesta-se através das normas da ajuda humanitária e de desenvolvimento – que, condicionando a ajuda à observância a certos princípios ou normas acabam por des-nacionalizar a soberania dos Estados, forçando o Direito Estadual a incorporar estas normas.

De entre estas fontes de Direito pós-estatal destacam-se as normas produzidas pelas «*transnational networks*»²⁵⁴, quanto às matérias de *accountability* e legitimação e que no âmbito da globalização impõem-se e gradualmente substituem a acção dos Estados.

O Estado e o seu legislador face a esta contingência transnacional acabam por ceder à pressão e adoptando-as. Assim, o Estado face a esta nova realidade vê a sua soberania diminuída ou transferida para o novo sujeito regulador – as *networks* – quer a nível nacional e internacional.

Este fenómeno diminui o poder legiferante genuíno dos Estados, dada a sua fragilidade social, política e económica e, sobretudo pela sua incapacidade de produzir riquezas para lograr uma estabilidade política e financeira.

²⁵³ GRIFFITHS, Anne (2012) Pluralismo Jurídico, Justiça e Direitos Humanos: Reavaliando o Direito numa Era Transnacional, in KIED, Helena Maria, COELHO, J.P. B., et al, (org), 2012, A dinâmica do pluralismo jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo, p.41.

²⁵⁴ As “*transnational network*” são sociedades transnacionais, geralmente compostas por representantes governamentais, representantes das instituições financeiras (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Bank for International Settlements e Organizações Económicas de Cooperação e Desenvolvimento), representantes das várias Agências Reguladoras (Basel Committee, Organizações Internacionais das Comissões dos Seguros, Associações internacionais de Insurance Advisors e International Accounting Standard Board), especialistas dos Bancos Centrais.

Portanto, estes Estados vêm-se na contingência de acomodar outros modelos e fontes de Direito, tais como, o das transnacional *networks*, garantindo assim a sua elegibilidade para beneficiar da ajuda internacional humanitária.

4.2. Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Ordem Jurídica Global

O fim da guerra fria permitiu o desenvolvimento de uma nova sociedade global que por sua vez desencadeou uma nova democracia não na esfera política mais social, económica e cultural.

A política económica neoliberal imposta pela globalização tornou-se um marco no desenvolvimento dos Direitos Internacionais e Direitos Humanos.

Desde então, tem-se constatado uma atenção especial da comunidade internacional quanto à promoção e desenvolvimento dos direitos e liberdades fundamentais – direitos da segunda, terceira e quarta geração - tais como, o direito do desenvolvimento, o direito do ambiente, o direito à alimentação, o direito cultural, direito de solidariedade, direitos difusos, direitos colectivos e individuais homogêneos, direitos da bioética e informática²⁵⁵.

Este movimento ascendente e radiante dos direitos humanos teve o seu epicentro depois da Segunda Guerra Mundial.

Desde então, o mundo concentrou as suas energias dentro de dois vectores: por um lado, uma preocupação global sobre liberdade civil e um interesse cada vez maior sobre os direitos humanos; por outro lado, a multiplicação dos instrumentos das Nações Unidas e Tratados ao nível regional e universal.

Com a adopção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 estabeleceu-se uma base para o desenvolvimento dos direitos da primeira geração, isto é, os direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais.

Estes instrumentos lançaram um desafio a entidades colectivas e individuais para que obtenham junto dos Estados garantias para o usufruto e participação plena nas actividades cívicas, políticas, económicas e culturais, ao nível nacional e internacional²⁵⁶.

Com a criação do Tribunal Europeu, Americano e mais tarde o Tribunal Africano

²⁵⁵ STEINER and Alston, (1996) *International human rights in contexts*, op.cit., p.470

²⁵⁶ Ibidem, p.471

dos Direitos Humanos e dos Povos trouxe-se mais confiança e segurança à sociedade civil e aos cidadãos, assim como as oportunidades de explorar os canais e instrumentos internacionais para exigir os seus direitos.

A evolução e desenvolvimento dos direitos humanos, em particular os direitos da segunda, terceira e quarta geração, colocam alguns desafios teóricos e práticos. Por exemplo, constatou-se que, logo no início, em 1950, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou uma proposta que visava criar uma única Convenção onde estariam consagrados os direitos civis, políticos, económicos e culturais. Entretanto, dois anos mais tarde, decidiu criar duas Convenções separadas para lidar com duas categorias de direitos²⁵⁷.

Curiosamente, os Estados parte às Convenções acordaram que o primeiro grupo de direitos - civis e políticos - deviam entrar em vigor imediatamente, contrariamente ao segundo grupo dos direitos - económicos, sociais e culturais. Portanto, esta distinção levou a interpretação negativa que coloca os direitos do segundo grupo como matéria de política social e não jurídica no sentido forte.

De facto, não nos parece plausível e realístico esperar que países em desenvolvimento que ainda lutam por erradicar o analfabetismo e a fome estejam e possam responder em pé de igualdade com os seus congéneres desenvolvidos e abastados, quanto as obrigações impostas por estes instrumentos universais²⁵⁸.

A segunda questão teórica básica sobre a terceira geração de direitos prende-se com o facto de saber se estes direitos podem ou não ser tratados como direitos dentro da concepção tradicional ou clássica de direitos humanos. Como lidar com conflitos de interesses quando os direitos individuais colidem com os colectivos?

Curiosamente, constata-se que *“os interesses colectivos contrapõem ou põem em jogo a sociedade contra os direitos individuais”*²⁵⁹. Todavia, constata-se que os direitos colectivos são reconhecidos nos instrumentos internacionais, isto é, o direito de auto

²⁵⁷ ROBERTSON and Merrills, (1996) *Human rights in the world*, op. cit., p.274.

²⁵⁸ Ibidem., p.169

²⁵⁹ *“Collective claims often turn out to be society’s counter-claims to individual rights consequence”*. Vide, SHESTACK, Jerome, “The jurisprudence of Human Rights” in Merton edition Reform of lawmaking in the United Nations.

determinação na Convenção Internacional sobre direitos civis e políticos e o direito dos povos na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

O problema teórico e prático sobre o reconhecimento ainda prevalece, ou seja, se estes direitos devem ou não ser considerados direitos humanos?

Esta realidade pode ser ilustrada através da diferença entre as formulações das provisões na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Estes dispõem inicialmente o seguinte: “*qualquer um tem direito de*”, enquanto o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, assim como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos inicia com “*os estados partes reconhecem*”, pode ser apontada como uma das causas deste problema.

Portanto, perante esta diferença na formulação, pode-se argumentar que esta discrepância abre questões teóricas de base.

De facto, sob esta distinção pode-se dizer que está-se perante dois tipos de direitos humanos: o primeiro sentido seria aquele disposto no primeiro grupo de direitos, relacionados com o ser humano pela sua própria natureza; o segundo sentido estaria relacionado com a segunda e terceira geração de direito, pertencças ao indivíduo não pela virtude da sua humanidade mas pela virtude de ser membro do grupo ou de uma colectividade²⁶⁰.

Curiosamente, estes problemas teóricos e práticos do conceito de direitos humanos e os diferentes sentidos deste já foram objectos de discussão e matéria de Declaração de Viena em 1993, na ocasião da conferência mundial de Direitos Humanos²⁶¹.

De acordo com a Declaração de Viena e Programa de Acção ficou estabelecido que “*todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interligados e interdependentes*”²⁶². Portanto, com esta disposição ficou claro e legítimo considerar direitos humanos, todos os direitos, assim como os direitos considerados como os da segunda e terceira geração – de grupos, povos e colectivos.

A partir desta interpretação oficial pode-se argumentar que não há nenhuma

²⁶⁰ ROBERTSO and Merrils, (1996) op. cit., p. 295

²⁶¹ Vide, Vienna Declaration and program of action (1993).

²⁶² Vide, International Human Rights Reports, I(1), 1994, p. 240.

justificação para tratar e considerar uns direitos mais importantes que os outros. Todavia, esta constatação pode levantar uma outra questão: qual é o alcance e até onde esta interpretação pode ser levada?

Na sociedade global as políticas neoliberais da economia de mercado suscitaram novas frentes de protecção dos Direitos Humanos, tais como grupos de migrantes, clandestinos, paramilitares, grupos detentores do poder económico e outros. Como lidar com este novo fenómeno emergente dentro de um pressuposto da interligação e interdependência?

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) ditou a plataforma da criação dos direitos humanos na ordem jurídica supra-estatal, prescritos no Direito Internacional e nas Cartas Políticas ou seja nos Tratados, Convenções, Pactos e Declarações. Estes direitos ganharam forma através da aceitação dos Estados e a sua incorporação nas suas constituições, passando assim a designar-se por direitos fundamentais.

Uma vez estabelecidos os Direitos Humanos, ao nível supra-estatal, constituíram um *corpus juris* cujo objectivo é a protecção dos direitos humanos a nível internacional, regional e local. Este *corpus juris* é constituído, por um lado, por normas e princípios elaborados e definidos em tratados, convenções e resoluções de organismos internacionais. Por outro lado, o *corpus juris* é dotado de mecanismos processuais de protecção que operam mediante os sistemas de petição, relatórios e investigação²⁶³.

Os Direitos Humanos constituídos como um *corpus juris* tem sido caracterizados por um conjunto de valores universais que visam protegerem a vida e a dignidade humana.

Dentro desta concepção e olhando para o objecto de estudo “*a pessoa humana e o seu relacionamento na esfera nacional e internacional*”, destaca-se dentro deste *corpus juris* algumas especialidades, a saber: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional dos Refugiados, Direito

²⁶³ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, Brasília, em 09.11.2005, p.407.

Internacional Penal e Direito Internacional do Desenvolvimento.

Os direitos humanos como um conjunto de valores universais surgem da necessidade de limitar o poder estatal e para o efeito, a sua adopção pelos Estados, *a priori*, enquadraram-se dentro da responsabilidade dos Estados face a dignidade dos seus cidadãos ou seja dentro do direito internacional público.

Este *corpus juris* regulando na essência o conjunto dos valores universais ganhou o estatuto de especialidade dentro do Direito Internacional Geral. Não obstante, os direitos humanos conseguiram romper com a tradição internacional que outrora só reconhecia como único e legítimo sujeito do Direito Internacional os Estados.

Hoje ao contemplar para além dos Estados, organizações internacionais e nacionais, organizações governamentais e não-governamentais e, finalmente o indivíduo como sujeitos do Direito Internacional, os Direitos Humanos destacam-se dentro do Direito Internacional Geral e passam a ser uma ordem jurídica internacional autónoma com personalidade jurídica internacional própria.

Os Direitos Humanos estabelecidos como *corpus juris* destacaram-se do Direito das gentes e designam-se hoje por Direito Internacional dos Direitos Humanos. É neste contextos que autores como António Augusto Cançado Trindade reconhecem esta autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos por este “*regular relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia própria*”²⁶⁴. Todavia, esta autonomia não o desliga das suas fontes tradicionais. Este continua a encontrar nos Tratados a fonte da sua interpretação.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos impõe-se hoje na ordem jurídica global como uma ordem jurídica internacional autónoma cuja acção ou realização da justiça é anterior e superior aos Estados e as ordens jurídicas internacionais.

Este destaque e supremacia do Direito Internacional dos Direitos Humanos na ordem jurídica global é-lhe conferida pela sua especificidade quanto aos seus princípios básicos e o seu *modus operandi*. Os princípios básicos subjacentes a ordem jurídica do Direito Internacional dos Direitos Humanos são a universalidade, a integridade,

²⁶⁴ Ibidem, p. 412.

indivisibilidade e complementaridade.

O universalismo imposto pelos sistemas e mecanismos de protecção dos direitos humanos estrutura-se dentro de três níveis: o sistema universal ou global, os regionais ou sub-regionais e os nacionais.

Estes sistemas e mecanismos são complementares e agem dentro de uma interacção orgânica e sem sobreposição funcional ou normativa. Na sua acção, quanto a salvaguarda de direitos consagrados, prevalece uma das três normas, quer a internacional, quer a regional ou nacional, aquela que melhor protege o cidadão²⁶⁵.

Embora o Direito Internacional Geral tenha estabelecido a subordinação das ordens jurídicas internacionais aos Direitos dos Tratados, o *ius cogens* ou normas imperativas através da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁶⁶, o Direito Internacional dos Direitos Humanos mostrou-se refratário a estes imperativos pelo reconhecido estatuto que este tem conquistado na ordem jurídica internacional geral, das Nações Unidas e da sociedade global.

Na verdade, o bem protegido pelos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos – o ser humano – situa-se acima dos bens visados pelas demais ordens jurídicas internacionais dentro da sociedade global. O ser humano como bem visado pelos Direitos Humanos não é um “*bem objecto*” mas um “*bem sujeito*” de direitos e inerentes à pessoa humana.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, dada a sua evolução e universalidade, conta com fontes normativas de valor e peso costumeiros que suplantam as fontes tradicionais.

O sistema de regras jurídicas de que se submete o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como as normas que cria são estabelecidas na sua maioria com base na repetição de recomendações emanadas das Nações Unidas²⁶⁷ e dos comportamentos e atitudes convergentes dos preceitos e valores básicos dos Estados e

²⁶⁵ Ibidem, p. 413.

²⁶⁶ Cfr., Artigo 53 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

²⁶⁷ PELLET, Alain. *La formulation du Droit International dans le Cadre des Nations Unies*, Journal Europeen de Droit International, Vol. 6, n.3, 1995, pp.416 e 417.

das Organizações Internacionais. Por exemplo, aquelas consagradas na Carta Internacional dos Direitos Humanos e outros textos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ao se constituir como uma ordem jurídica internacional e global estende as suas funções protectoras dos Direitos Humanos aos Estados, indivíduos singulares e colectivos, as instituições e organizações internacionais ou seja as outras ordens jurídicas nacionais, regionais e internacionais.

Esta universalidade da sua acção e intervenção faz do Sistema Internacional dos Direitos Humanos um sistema global e pluralista. Esta particularidade inquestionável do Sistema criou um Direito Institucional dos Direitos Humanos *sui generis*, caracterizado por uma acção catalisadora de promoção e desenvolvimento do pluralismo jurídico internacional e global.

O Sistema global dos Direitos Humanos ao mesmo tempo que luta para a sua universalização estabelece e consolida o pluralismo jurídico, estreita os mecanismos de inteiração a nível do Sistema dentro da coexistência institucional interna e externa com várias outras ordens jurídicas no mesmo espaço internacional global.

O sistema global dos direitos humanos ao consagrar vários sistemas de protecção dos direitos humanos – O Sistema Internacional ou Universal dos Direitos Humanos (convencional e extra-convencional), o Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, o Sistema Europeu dos Direitos Humanos e o Sistema Africano dos Direitos do Homem e dos Povos – cria assim vários espaços e ordens jurídicas internacionais de coexistência internacional e global na protecção dos direitos humanos.

Esta pluralidade de sistemas dentro do sistema global, numa primeira vista, parece contrastar com a pretensão universalista que sempre caracterizou a ideia e os princípios subjacentes dos Direitos Humanos – a universalidade, indivisibilidade e a integralidade. Pelo contrário, o pluralismo jurídico no Direito Internacional dos Direitos Humanos, surge como uma estratégia metodológica cuja finalidade é o fomento da coexistência entre a pluralidade de ordens, conceitos e de sistemas²⁶⁸.

²⁶⁸ AFANDE, Koffi Kumelio A., *Les enjeux relatifs au pluralisme juridique – Dans les processus d'élaboration du droit international des droits de l'homme, in la gouvernance en révolution(s)*

O sistema global dos Direitos Humanos, dada a sua especificidade, contempla não só o sistema de normas internacionais de direitos humanos que criam obrigações negativas e positivas para os Estados, quer na protecção e quer na realização dos direitos dos indivíduos, mas também aquelas que sancionam a violação dos direitos.

Para garantir o exercício e desenvolvimento destes direitos urgiu conformar os instrumentos de acordo com as particularidades regionais, nacionais e culturais dos povos.

Esta pluralidade do sistema universal dos Direitos Humanos responde ao disposto no artigo 5º da Declaração e Programa de Acção de Viena de 1993.

O pluralismo jurídico criado dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, caracterizado por vários sistemas de protecção dos Direitos Humanos surge como resposta ao desafio que a ONU viu-se a braços para encontrar soluções eficazes às violações maciças dos direitos humanos vividos nas décadas subsequentes a adopção da Declaração Universal dos Direitos Humanos que compreendem a corrida armamentista, a guerra fria, a descolonização, a explosão demográfica, a degradação ambiental e outras²⁶⁹.

Este pluralismo estratégico permitiu que os instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos tivessem uma aceitação mais ampla e generalizada, por se entender que quantos desenhados de acordo com as particularidades regionais e culturais ou seja quando estes constituem parte dos sujeitos visados.

O Sistema Universal dos Direitos Humanos ao consagrar vários instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos entendeu, e bem, que *“a universalidade dos direitos humanos se constrói e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano”*²⁷⁰.

Estes instrumentos diversificados de protecção dos Direitos Humanos constituem ordens jurídicas específicas, dado o seu conteúdo e efeitos jurídicos variáveis.

http://www.institut-gouvernance.org/docs/les_enjeux_relatifs_au_pluralisme_juridique.pdf

²⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos..., op. cit. p. 417.

²⁷⁰ Ibidem., p.418.

Pensadores como Pierre-Marie Dupuy entendem que a diversificação dos instrumentos de protecção dos Direitos Humanos pode criar um “feudalismo normativo” e que pode prejudicar a igualdade, uniformidade na aplicação e interpretação dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos²⁷¹. Os autores vão mais longe ao apontarem para o facto de a criação de diferentes subsistemas internacionais ou regionais que vão contra um dos princípios básicos da não-discriminação entre os povos.

O pluralismo jurídico que caracteriza o sistema universal dos direitos humanos tem sido caracterizado pelo surgimento de sub-sistemas de direitos humanos, internacionais, regionais e nacionais. Não obstante, estes sistemas têm estado a desenvolver-se quer ao nível normativo e quer ao nível processual.

O pluralismo jurídico emergente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao manifestar-se ao nível processual, surge por um lado como complemento e imperativo funcional dos sub-sistemas e por outro como alternativa a Corte Internacional de Justiça outrora Corte Permanente da Justiça Internacional, cuja jurisdição não encontrou reconhecimento por mais de dois terços da Comunidade Internacional²⁷².

Coexistem hoje no Sistema Universal dos Direitos Humanos várias instituições e órgãos judiciais e quase judiciais na solução de controvérsias.

Quanto aos Tribunais pode-se citar, a título de exemplo, o Tribunal Internacional dos Direitos Humanos, O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos.

Quanto aos Órgão quasi-judiciais pode-se citar o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, Comité Internacional de Direitos Civis e Políticos, Comité contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, Comité para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

²⁷¹ DUPUY, Pierre-Marie, “*L’unité de l’ordre juridique international*”, in 297 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye, 2002, pp. 9-490 in RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica – Análise comparativa da protecção de direitos Humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul, Renovar, Rio de Janeiro, p. 374.

²⁷² RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica, op. cit., p. 375.

Esta coexistência jurisdicional no âmbito do Sistema Universal dos Direitos Humanos tem desempenhado um papel preponderante na solução das controvérsias entre os Estados e entre Estados e os cidadãos dentro da sua esfera cultural e regional.

O fim das guerras mundiais e fria deslocou grande parte dos problemas de violação dos direitos humanos vividos no mundo de então para os espaços geográficos regionais e nacionais.

Hoje os problemas de litigância e violação dos direitos humanos são mais frequentes ao nível regional e intra-estadual, com muita incidência nas minorias étnicas e grupos dessorados.

O Sistema Universal dos Direitos humanos é caracterizado pela coexistência normativa e jurisdicional de proteção de direitos humanos.

Esta emergência de ordens jurídicas autónomas no âmbito dos Direitos Humanos tem protagonizado conflitos de coexistência entre as ordens jurídicas ou seja levanta desafios quanto a litispendência, compatibilidade, sobreposições ou adjudicação simultânea, interpretação de normas entre órgãos internacionais, instância de apelação e revisão e outros.

O sub-capítulo a seguir irá aflorar estes constrangimentos e tratando-as como desafios do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos na nova ordem jurídica internacional global.

4.2.1. Os Desafios do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Ordem Jurídica Global

O grande desafio da nova ordem jurídica global tem sido, por um lado, a construção de um Direito global fundado na semântica dos direitos fundamentais, respeitadora das diferentes concepções humanas.

As dificuldades com a proteção dos direitos humanos nos países periféricos e em mudanças culturais que se prendem com a distinção e importância colocada pelos governos sobre um determinado Direito sobre outros.

Esta nova ordem que coloca os direitos humanos e humanitários acima da soberania dos Estados encontra nos países periféricos um grande desafio quanto à aplicação dos direitos humanos fundamentais.

No caso concreto, dada a influência das normas da ajuda humanitária e de desenvolvimento na construção do Estado de Direito Democrático nos países periféricos, caracterizadas por sociedades complexas, plurais e multiculturais, questiona-se sobre a autonomia ou a auto-determinação legislativa dentro deste processo.

Este problema não é novo dentro do constitucionalismo e democracia. Várias sugestões ou soluções foram avançadas, podendo-se destacar as soluções propostas por Herbert Hart, através do seu realismo - “*rules of recognition*”, as normas de reconhecimentos - e por Jurgen Habermas, - “diálogo universal” e “*Estado democrático*”.

Apesar destas soluções apresentadas para o problema, o constitucionalismo continua a ser objecto de várias críticas. Como solução do problema, os juristas apontam para uma interacção ou arranjo – flexibilização – entre a democracia e o constitucionalismo.

O Direito moderno caracteriza-se pela facticidade da imposição coerciva das suas leis e legitima-se através da força das suas instituições e da eficácia das suas normas.

Nos países periféricos esta facticidade é complexa devido à pluralidade de normas e dos espaços jurídicos, onde a eficácia da norma não só depende da coacção e da legalidade mas sim de comportamentos éticos e morais vinculativas.

Esta realidade põe em causa a democracia e o Estado de Direito Democrático pela ausência da unidade jurídica ou convergência sobre as questões de fundo que permitiriam o consenso para a criação ou adopção de uma Constituição Democrática ²⁷³.

Partindo do pressuposto de que “*todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interligados e inter-independentes*”, constata-se que, nas últimas décadas, os Estados pela incapacidade diversa de garantir o usufruto destes direitos, principalmente

²⁷³ FUNGHI, Luís Henrique Baeta, Constituição e Democracia: um exercício de patriotismo constitucional, in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, V. 77 – n.º 4 – ano XXVIII, Dezembro de 2010, p. 115.

os da segunda geração, viu-se na contingência de admitir a solução imposta pela política neoliberal de economia de mercado. Esta deu-se através do fenómeno da globalização cuja implantação e desenvolvimento tem afectado alguns princípios normativos da justiça e da humanidade.

A globalização tendo como pressupostos a ideologia neoliberal da economia do mercado e a maximização dos lucros, embora visando o direito ao desenvolvimento e o bem-estar do cidadão, acaba por colocar em risco outros direitos, tais como a igualdade no crescimento económico, pobreza, violação dos direitos fundamentais e ataque a soberania dos estados²⁷⁴.

Esta realidade contrasta as declarações assumidas na Conferencia Mundial de direitos Humanos de 1993, cuja Declaração e Programa de Acções, no seu artigo 5º, dispõe que *“a comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”*.

A emergência dos sub-sistemas dos Direitos Humanos, como já caracterizados acima, ditou o surgimento do pluralismo de normas jurídicas e de órgãos judiciais e quasi-judiciais no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esta realidade coloca grandes desafios ao Direito Internacional geral. Está-se perante várias ordens jurídicas autónomas a coexistir no mesmo espaço internacional.

Dentro desta coexistência constata-se alguns conflitos próprios que derivam da falta de uma divisão rígida de competências, harmonização e unidade jurídica.

No âmbito dos tribunais ou dos órgãos judiciais há uma sobreposição ou mesmo concorrência de competências para julgar os mesmos tipos de litígios. Como exemplo, constata-se a sobreposição entre o Tribunal Internacional de Justiça e os Tribunais especializados emergentes dentro desta nova ordem jurídica internacional global.

Constata-se que perante um conflito ou litígio entre Estados, estes podem optar por um dos diversos tribunais, órgãos judiciais e de arbitragem internacionais para a apreciação da controvérsia.

²⁷⁴ AHMAD, Nisar Mohammad Bin, *The Economic Globalization and its Threat to Human Rights*, in International Journal of Business and Social Science, Vol. 2 No. 19 [Special Issue – October 2011], p. 273.

Os Estados podem eleger qualquer um dos foros, a saber, o Tribunal Internacional de Justiça, o Tribunal do Mar, os órgãos judiciais da Organização Mundial do Comércio, os Tribunais dos Direitos Humanos e outros.

Como exemplo desta prerrogativa dos sujeitos optarem livremente pelo foro num tipo de litígio em que concorrem vários tribunais, pode-se apontar a abertura disposta pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, artigos 287º e 288º que permite a jurisdição do Tribunal do Direito do Mar de Hamburg para os casos que o tribunal Internacional de Justiça tem também a mesma jurisdição.

Um outro exemplo é a abertura constante entre os Tribunais Internacionais Europeus, onde se constata que a aplicação do Direito Comunitário por um Estado da União Europeia que viole um direito fundamental pode ser apreciado pelo Tribunal de Justiça Europeu ou pelo Tribunal Europeu dos Direitos humanos.

Esta prerrogativa oferecida aos sujeitos do Direito Internacional quanto à livre escolha do foro para apreciar o caso e a multiplicidade dos tribunais e órgãos judiciais, quase-judiciais e de arbitragem, constitui uma das grandes conquistas ou um ganho dos sujeitos na sociedade global quanto ao direito e o acesso a uma justiça condigna. Todavia, o usufruto das benesses do pluralismo jurídico internacional traz algumas consequências e riscos que devem ser contrabalançados.

Quanto à multiplicação e sobreposição das jurisdições internacionais, Gilbert Guillaume aponta de entre outras duas consequências principais, a saber: a primeira relacionada com o *forum shopping* e a segunda com o conflito decisório.

A multiplicação e sobreposição das jurisdições internacionais no Direito Internacional tornaram-se desafios dentro do direito internacional global.

Este fenómeno emergente no Direito Internacional, por um lado responde à dinâmica imposta pela nova ordem jurídica global – globalização – por outro lado cria fissura e fragmenta a ordem jurídica internacional dentro da ideia do monismo ou da unidade de um sistema internacional que pretende ser um todo funcional e global.

Embora consciente deste mal ou perigo que este fenómeno pode trazer para a sociedade internacional que pode levar a um caos normativo ou gerar uma insegurança

jurídica, feliz ou infelizmente, cresce cada dia o número de órgãos judiciais internacionais sem a observância dos requisitos de funcionalidade sistémica, quer quanto às regras de conflito de competências ou de revisão de decisões contraditórias.

Perante este fenómeno, algumas estratégias foram ensaiados e colocados em prática, como por exemplo, o reconhecimento das decisões alheias entre os diversos órgãos judiciais internacionais.

Esta prática não tem surtido efeitos positivos e não conseguiu travar o fenómeno ou inverter a dinâmica evolutiva do Direito Internacional global.

As realidades impostas pelo pluralismo normativo e judicial na sociedade global, embora haja o reconhecimento das decisões alheias entre os diversos órgãos judiciais, os juízes e as partes na estrita observância das normas convenientes, as decisões dos outros órgãos são tidas como fonte secundária²⁷⁵.

A verdade é uma só: a fragmentação do Direito Internacional é um facto e uma realidade inegável dentro da sociedade global.

A sobreposição ou seja a coexistência das jurisdições internacionais no Direito Internacional no sub-sistema europeu dos Direitos Humanos evoluiu para uma relação de sobreposição normativa e judicial.

O Tribunal de Justiça Europeu trouxe para dentro da sua jurisdição a protecção dos direitos humanos como parte integrante do Direito Comunitário. Para o efeito, incorporou no Direito Comunitário normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁷⁶.

Os Estados membros Comunitários aderiram à Convenção Europeia de Direitos Humanos e reconhecem assim a sua jurisdição. Este facto abriu a possibilidade dos sujeitos do Direito Internacional da União Europeia para optar por um foro ou por outro ou seja pelo Tribunal de Luxemburgo ou o de Estrasburgo²⁷⁷.

²⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica,...op. cit., p.384.

²⁷⁶ Cfr., artigo 6º do Tratado da União Europeia e § 3º do artigo 52, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁷⁷ RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica,...op. cit., p. 387.

De acordo com André Ramos, esta superposição *abre a perigosa possibilidade de interpretação divergente do mesmo texto realizada pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo e pela Corte de Estrasburgo*²⁷⁸. Esta-se aqui perante uma coexistência ambígua e paritária entre as duas jurisdições internacionais que aumenta o risco de decisões contraditórias e porque não de adjudicação simultânea de um mesmo caso por estes órgãos judiciais.

Como lidar com um caso hipotético de um Estado comunitário no cumprimento das suas obrigações emanadas do Direito Comunitário e que venha a ser condenado pela Corte Europeia de Direito Humanos? A ser executada a decisão de Estrasburgo como seria tratado o princípio da autonomia e da supremacia do Direito Comunitário?²⁷⁹

A evolução do Direito Internacional no sistema Europeu dos Direitos Humanos ditou a extinção da Comissão Europeia dos Direitos humanos e no lugar deste criou-se a nova Corte Europeia Permanente de Direitos Humanos. Esta viragem permitiu o acesso do indivíduo a esta nova Corte recém-criada.

Para a solução do conflito jurisdicional dentro do Sistema Europeu dos Direitos Humanos, avançou-se com a proposta de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, facto reiterado em 2007 pelo Tratado de Lisboa.

A solução encontrada pelo Sistema Europeu dos Direitos Humanos para resolver a coexistência da superposição normativa e jurisdicional desperta várias questões, tais como a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos significa a hierarquização dos dois Tribunais Europeus dos Direitos Humanos e a consagração da Corte de Estrasburgo *primus inter pares*? Se a resposta for positiva, não estaríamos a colocar em causa o princípio de autonomia e da supremacia do Direito Comunitário que é um dado adquirido e consolidado? Esta adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos criaria vínculos processuais entre as duas Cortes? Esta última solução como se demonstrou supra não encontrou aplicabilidade na coexistência normativa e jurisdicional nos outros Tribunais internacionais na sociedade global.

²⁷⁸ Ibidem., p.387.

²⁷⁹ Ibidem., p.403.

Esta adesão vai na perspectiva de centralização ou hierarquização do Sistema Europeu dos Direitos Humanos? Como enquadrar o n.º 2, do artigo 35 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que veda a admissibilidade de uma petição quando se verificar o caso julgado e a litispendência ou seja quando a petição tenha sido já submetida a outra instância internacional de inquérito ou decisão e não contiver factos novos? Por outro lado, o Tratado de Lisboa no seu artigo 6.2 dispõe que a “*União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados*”.

O Sistema Interamericano dos Direitos Humanos integra o sub-sistema do Mercosul e o da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quanto ao problema de coexistência ou superposição da Corte de San José e o Sistema arbitral do Mercosul constata-se a não existência de mecanismos de soluções para o efeito.

Quanto a escolha da jurisdição ou foro, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece ser inadmissível uma petição sobre violação de direitos humanos que esteja sob apreciação de outro foro.

Quando se trata de coisa julgada a petição já examinada pela Comissão ou por outros organismos internacionais é vedada a sua admissão²⁸⁰. Todavia, a sua jurisdição é facultativa ou seja os Estados não estão obrigados a aceitá-la, mas uma vez aceite o Estado não pode retirar a declaração de aceitação²⁸¹.

Do mesmo modo o sub-sistema arbitral do Mercosul coloca nas mãos dos Estados visados de optarem pelo foro conveniente. Todavia, após a escolha não podem pugnar pelo outro foro. Para o efeito, só a Corte Internacional de Direitos Humanos pode voltar a reapreciar.

O sub-sistema Africano dos Direitos Humanos e dos Povos contempla dois tipos de jurisdições a saber:

²⁸⁰ Cfr., artigos 46º e 47º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁸¹ Cfr., artigo 62º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

i) Instituições ou órgãos quasi-jurisdicionais – a Comissão Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos e o Comité Africano dos Direitos e Bem-estar da Criança.

ii) Instituição Jurisdicional – o Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos.

Embora cada uma destas instituições jurisdicionais sejam autônomas e com jurisdições próprias, a sua coexistência enferma problemas de sobreposição.

A Comissão Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, dentro do seu foro, pode apreciar e emitir resoluções e recomendações sobre os relatórios e petições provenientes dos Estados-partes, cidadãos e organizações da sociedade civil de violações de direitos humanos.

Esta Comissão tem competências de interpretação das normas e princípios de direitos humanos, assim como a sua reformulação²⁸².

O Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos é uma instituição de cariz jurisdicional que possui funções ou jurisdição iguais às da Comissão Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos. Estas só diferem quanto à natureza vinculativa das suas decisões, onde a primeira emite sentenças coercivas e a segunda emite recomendações não coercivas.

Estas duas instituições jurisdicionais sobrepõem-se quanto à protecção, promoção e a emissão de pareceres em matéria de direitos humanos.

Uma das especificidades do Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos corresponde à sua função de completar e reforçar o mandato da Comissão Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos²⁸³.

A Comissão Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos tem auxiliado o Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos como instância impulsionadora na interposição das acções da iniciativa das organizações não-governamentais e dos cidadãos nos casos em que os Estados-partes ainda não depositaram a declaração sobre a

²⁸² Cfr., § 3, do artigo n.º 45 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

²⁸³ Cfr., artigo n.º 2 do Protocolo sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos.

cláusula de admissibilidade destes ao abrigo do artigo 34.6, do Protocolo sobre a Criação do Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos.

Portanto, a sobreposição das jurisdições destas instituições exige uma articulação funcional meticulosa para evitar conflitos eminentes, quer de foro quer de dupla petição.

O sub-sistema africano dos Direitos dos Homens e dos Povos, para lidar com o problema de coexistência ou superposição entre a Comissão Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos e o Tribunal Africano dos Direitos dos Homens carece de mecanismos de coordenação. Embora a conferência dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana tivesse aprovado o Projecto de fusão entre o Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos e o Tribunal de Justiça da União Africana.

Este Projecto a ser concretizado, leva a que o Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos seja extinto e a actual jurisdição dos Direitos Humanos no sub-sistema Africano dos Direitos Humanos passe a ser da competência do Tribunal Africano de Justiça e dos Direitos Humanos.

O panorama teórico dos desafios impostos pela multiplicidade de normas e jurisdições no Direito Internacional dos Direitos Humanos afigura-se sombrio por enfrentar duas correntes doutrinárias opostas.

A primeira corrente doutrinária advoga que a solução do problema de coexistência dos múltiplos sistemas de direitos humanos deve passar pela centralização e hierarquia dos diversos sistemas ou tribunais e cortes internacionais. Para o efeito, deve consagrar-se a Corte Internacional de Justiça como órgão judicial internacional supremo²⁸⁴.

Esta solução passaria por adoptar um mecanismo de recurso interpretativo ou seja de reenvio prejudicial à Corte Internacional de Justiça. A Corte por sua vez fixaria a interpretação uniforme da norma internacional, cabendo os Tribunais de Direitos Humanos a aplicação da norma ao caso concreto²⁸⁵.

²⁸⁴ De entre vários defensores desta solução, a posição de GUILLAUME, Gilbert parece-nos a mais convergente, quando este advoga o seguinte: *“Courts and tribunals must, on the other hand, be very cautious in developing their case law, which must remain consonant with the jurisprudence of the international Court, which, after all, is the principal judicial organ of the United Nations.* Vide, GUILLAUME, Gilbert. *“The future of international judicial institutions”*. In 44 International and Comparative Law Quarterly (1995), p. 862.

²⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica,...op. cit., p. 454.

A segunda corrente doutrinária advoga que a multiplicação ou a emergência dos sub-sistemas e jurisdições dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos responde à própria evolução dos Direitos Humanos na sociedade global.

A sugestão de centralizar e hierarquizar as múltiplas jurisdições com o intuito de evitar a fragmentação e insegurança jurídica é contra a dinâmica evolutiva do próprio Direito Internacional geral.

Rosalyn Higgins advoga dizendo que para evitar a temida insegurança jurídica pode-se contar com o diálogo e o reconhecimento voluntário da jurisprudência dos outros tribunais e que a melhor via é estarmos bem informados²⁸⁶.

André Ramos posiciona-se em defesa da multiplicação do número de tribunais internacionais e de mecanismos quasi-judiciais de solução de controvérsias advogando que estes “ *reforçam a justiciabilidade das normas internacionais, gerando importantes avanços rumo a institucionalização do Direito Internacional...* ”²⁸⁷.

Nesta linha de pensamento, junta-se várias outras vozes, para elucidar só algumas, tais como o autor Cançado Trindade que afirma que a sociedade teve que esperar muitas décadas para alcançar este marco ou etapa de desenvolvimento e para que a justiça internacional tivesse lugar. A emergência das várias jurisdições significa mais justiça internacional, é afirmação da *rule of law* no Direito Internacional dos Direitos Humanos em substituição da *rule of force*²⁸⁸.

Pierre-Marie Dupuy sustenta ser falso o pressuposto de que a multiplicação das instituições judiciais e quasi-judiciais tem estado a criar um impacto negativo no sistema jurídico internacional. Pelo contrário, dada a crescente complexidade da ordem jurídica, o estabelecimento de novas jurisdições e o sistema de controlo internacional gera refinamento na interpretação normativa²⁸⁹.

²⁸⁶ HIGGINS, Rosalyn. “*The ICJ, the ECJ, and the integrity of international Law*”, in 52 International and Comparative Law Quarterly (2003), p. 20.

²⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica, ...op. cit., p. 456.

²⁸⁸ CANÇADO TRINDADE, António Augusto. “*The merits of coordination of international courts on human rights*”, in 2 Journal of International Criminal Justice (2004), p. 311.

²⁸⁹ DUPUY, Pierre Marie. *The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice*, in 31 New York University Journal of International Law and politics (1999), p. 795.

Yuval Shamy face a coexistência das normas e das jurisdições quanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos responde contrabalançando as duas posições antagônicas sobre as incongruências e perigos que a sociedade possa vir a enfrentar. Este autor, parte da constatação de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é constituído por normas de redação genérica dada a sua natureza universalista. Constata o autor que no terreno as normas dos Direitos Humanos tem conhecido algumas resistências para a sua aceitação, dependendo muito da boa vontade das partes em conflito.

Estas fragilidades reconhecíveis nos Direitos Humanos podem ser superadas com o mecanismo de recurso interpretativo cuja jurisprudência tornar-se-á importante para a credibilidade das decisões dos outros tribunais. Por outro lado, as incoerências e contradições entre as decisões dos tribunais podem ser catalisadoras do progresso do Direito Internacional dos Direitos Humanos dentro dos desafios vividos na sociedade global.

Todavia, alerta Yuval Shamy que o progresso através de catástrofes pode implicar progresso, como pode ser um risco para obter resultados catastróficos²⁹⁰.

Mattias Kumm vai mais longe ao criticar a solução avançada pela corrente monista sobre as possíveis incoerências e contradições que podem surgir pela coexistência entre as jurisdições autónomas emergentes.

Para este autor, a coerência não é o único valor que se deve perseguir para a segurança jurídica e uniformidade de interpretação da norma. O aprimoramento da interpretação normativa pode estar acima de todos os valores e pode ser um contributo valioso para o desenvolvimento dos Direitos Humanos na ordem jurídica internacional²⁹¹.

Jean-Yves Carlier advoga que a diversidade e a multiplicidade das normas e das jurisdições, no âmbito dos Direitos Humanos, deve ser visto como um pluralismo

²⁹⁰ SHAMY, Yuval (2003) *The competing jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press, p.126

²⁹¹ KUMM, Mattias. *Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, 36 Common Market Law Review (1999), p. 385.

construtivo, quer do ponto de vista do conteúdo do Direito, quer das instituições criadas para proteger os indivíduos²⁹².

Miguel Poiares Maduro avança com uma perspectiva pluralista, no sentido de qualquer órgão judicial (nacional ou europeu) poder deliberar e justificar as suas decisões no contexto de um ordenamento jurídico europeu coerente e integrado. Para o efeito, entende o autor que todas as jurisdições deveriam dotar-se de mecanismos de adequação a concorrentes reivindicações de autoridade. Portanto, a aplicação do princípio da discricionariedade dentro das jurisdições desempenharia um papel decisivo nas áreas de potencial conflito²⁹³.

Os resultados do estudo feito por André Ramos vêm apaziguar as contraposições das duas correntes antagónicas sobre a coexistência dos sub-sistemas ou precisamente das superposições das jurisdições no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De acordo com o André Ramos, os supostos conflitos que levam as duas correntes a se posicionarem não passam de ilações doutrinárias pois ainda não existem conflitos relevantes que justifiquem a revisão “*da arquitectura fragmentada dos sistemas de soluções de controvérsia hoje existente*”²⁹⁴.

O desafio que se coloca com a multiplicação do número de tribunais internacionais e de mecanismos quasi-judiciais de solução de controvérsias no Direito Internacional dos Direitos Humanos faz parte do modelo de sociedade e de Direito que a política neoliberal de economia de mercado foi impondo ao longo dos anos.

Os ditames deste modelo de sociedade e da nova ordem jurídica internacional por ela criada, não se enquadram com os mecanismos de “*self-appreciation*” e “*self-help*”, próprios do sistema estadual que provaram a sua incapacidade ao longo dos anos.

Procurar hierarquizar, uniformizar ou centralizar os tribunais e os mecanismos quasi-judiciais de soluções de controvérsias, a semelhança dos sistemas unificadoras e

²⁹² CARLIER, Jean-Yves, “*La garantie des droits fondamentaux en Europe: pour le respect des compétences concorrentes de Luxembourg et de Strasbourg*”. 13.1 Revue québécoise de droit international (2000), p.61.

²⁹³ MADURO, Miguel Poiares (2006) A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia, Principia Ed. Lisboa, p. 50.

²⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica,...op. cit., p. 460.

monistas estaduais, seria transpor uma realidade, embora cientificamente correcta e coerente, não se encaixa nos pressupostos da nova ordem jurídica internacional.

As inconsistências e contradições oriundas dos múltiplos sub-sistemas e jurisdições de Direito Internacional dos Direitos Humanos são os que alimentam a dinâmica da sociedade neoliberal e da ordem jurídica global.

A II Conferencia Mundial de Direitos Humanos (Viena 1993) reafirmou a necessidade e a dinâmica universalista dos direitos humanos no mundo. Para o efeito, a comunidade internacional tem a legítima obrigação de promoção e protecção dos direitos humanos.

Este processo de universalização dos direitos humanos deve permear todas as áreas e dimensões sociais, ou seja, todas as áreas da actividade humana, pessoas e grupos mais vulneráveis. Para o efeito, este desafio deve passar pela coordenação e aprimoramento dos múltiplos instrumentos de protecção dos Direitos Humanos, quer a nível vertical quer a nível horizontal.

Nos últimos anos a dinâmica universalista dos direitos humanos, quer em resposta aos desafios da sociedade global quer aos próprios desafios internos, tem estado a evoluir no estabelecimento de comités dos tratados internacionais dos direitos humanos como uma forma de promoção ou de aprimoramento na protecção dos direitos humanos específicos.

A estratégia em curso dentro dos sub-sistemas de Direitos Humanos ao nível da Europa e África, que passa pela adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos no caso da União Europeia e na fusão entre o Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos e o Tribunal de Justiça da União Africana.

No caso da União Africana, pode contribuir para o aprimoramento dos instrumentos de promoção e protecção dos direitos humanos.

Esta estratégia pode resolver a preocupação doutrinária e monista no sentido de tornar o Direito Internacional dos Direitos Humanos um sistema único ou seja pode resolver as inconsistências e contradições emergentes da coexistência de vários sistemas e sub-sistemas autónomos e incomunicáveis entre si.

Todavia, esta mesma estratégia poderá não responder aos outros desafios reafirmados pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos, relativo a necessidade de os Direitos Humanos permear todas as áreas de actividade humana e sociais em todos os níveis.

A unificação ou a centralização dos instrumentos e jurisdições de protecção dos direitos humanos pode significar o seu afastamento ou distanciamento aos sujeitos dos direitos humanos - pessoas e grupos vulneráveis e com necessidade especial de protecção.

A centralização, ao contrário da coordenação, não impulsiona o processo de universalização e coacta os seus princípios, tais como, a universalidade, a integridade, a indivisibilidade e a complementaridade.

A centralização pode atrofiar a dinâmica e a ideia já enraizada a nível mundial, internacional, regional, nacional e local que os Direitos Humanos são uma conquista política, social e cultural dos povos.

Portanto, ao colocar-se os instrumentos e jurisdições de promoção e protecção dos direitos humanos distantes dos sujeitos visados pode retrair o sentido de pertença ou de identificação dos indivíduos com os nobres valores da dignidade humana.

A multiplicação dos sub-sistemas regionais dos Direitos Humanos e a diversificação dos mecanismos de protecção permitiu a universalização e o comprometimento dos cidadãos e grupos sociais pela causa dos direitos humanos em todos os cantos do mundo.

A coexistência múltipla de instrumentos e jurisdições variáveis e distintos como mecanismos de promoção e protecção dos direitos humanos a nível internacional e regional visam, de entre outras, responder a orgânica da sociedade global e aos desafios que a globalização hegemónica cria na sociedade.

O fenómeno da globalização da economia despoletou na sociedade contemporânea novos problemas e novas crises que o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve à sua atenção e concentração.

Este fenómeno, embora positivo, está aliado aos pressupostos neoliberais da economia do mercado, colocando em primeiro plano a maximização do lucro em detrimento dos valores fundamentais da dignidade humana.

O processo da globalização tem sido liderado pelas instituições transnacionais e multinacionais constatando-se que, no desenvolvimento das suas actividades, os princípios de justiça e humanidade, ou seja, os direitos humanos, muitas vezes são relegados para o segundo lugar ou ignorados.

O sistema internacional de protecção dos direitos humanos para lidar com este fenómeno tem estado a multiplicar as suas acções para minorar os impactos negativos que este cria na sociedade e em especial à dignidade humana.

O sistema internacional de protecção dos direitos humanos, ao longo dos anos, para minorar este impacto negativo tem vindo a criar instrumentos e mecanismos para lidar com este fenómeno da globalização.

Para o efeito, pode-se constatar acções tais como a regulação da acção das empresas transnacionais e multinacionais, adopção de tratados ou padrões de boa conduta, como por exemplo, a *OECD Guidelines* e *UN Global Compact*, *UN Guiding Principles on Human Rights and Business* ou mesmo a incorporação de princípios de direitos humanos no seu ambiente de trabalho.

Estas acções levadas pelo sistema de protecção internacional dos Direitos Humanos visam prevenir para que as instituições e empresas transnacionais não violem os princípios fundamentais dos direitos humanos nas suas actividades²⁹⁵.

O fenómeno da globalização económica fragmentou o Direito Internacional geral e criou uma nova ordem jurídica internacional caracterizada pela multiplicação e coexistência de diversos tipos de normas e jurisdições autónomas.

A protecção internacional dos direitos humanos para lograr os seus objectivos deve adaptar-se à nova realidade social e económica ditada pelo fenómeno da globalização económica.

²⁹⁵ AHMAD, Nisar Mohammad Bin, *The Economic Globalization and its Threat to Human Rights...* op. cit. p. 273.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos deve adaptar-se as especificidades da nova ordem jurídica internacional global.

Hoje as relações jurídicas reguladas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos não se circunscrevem só às de contraposição dos indivíduos ao poder público, como rezava o Direito Internacional Público.

A fragilização dos Estados ou do poder público operada pelas políticas neoliberais da economia de mercado ou pela globalização económica ditou que as relações jurídicas reguladas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos se deslocassem do poder público para o poder privado (instituições ou organizações transnacionais e as multinacionais) e a sua acção se estendesse para terceiros, tais como: grupos clandestinos, paramilitares, grupos detentores do poder económico e outros²⁹⁶.

A globalização económica diversificou as fontes de protecção dos direitos humanos, assim como os sujeitos internacionais dos direitos humanos.

Esta diversificação das fontes potenciou os direitos da segunda e da terceira geração e criou pressupostos para a universalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Hoje, mais ênfase tem sido dada aos princípios de igualdade e não discriminação, direitos da mulher e da criança, liberdade e integridade física da pessoa humana, direito a alimentação e a saúde, direito a educação e a habitação, direitos do trabalhador, trabalho infantil, trabalho forçado, a escravatura e direito ao ambiente.

A sociedade internacional global é hoje caracterizada por ser uma sociedade descentralizada e paritária.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos para responder a sua vocação deve descentralizar e universalizar os seus instrumentos de promoção e protecção acompanhando a nova conjuntura e a nova ordem jurídica internacional global.

²⁹⁶ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, op. cit., p. 412.

As políticas neoliberais da economia de mercado ao gerar a globalização económica devem se nutrir de políticas básicas de proteção e defesa dos direitos humanos.

Na verdade, parafraseando Mary Robinson, a globalização precisa dos direitos humanos, assim como os direitos humanos precisam da globalização²⁹⁷.

O desenvolvimento económico e o bem-estar social preconizado pelas políticas neoliberais de economia, uma vez concretizados, irão garantir ao cidadão o usufruto pleno dos seus direitos humanos fundamentais.

O desenvolvimento económico não vai acontecer num ambiente onde os direitos humanos não são respeitados.

De facto, nenhuma empresa vai proliferar se esta não respeitar os direitos humanos dos seus trabalhadores ou dos indivíduos e da comunidade onde esta opera e está inserida.

Nesta interdependência e complementaridade entre a globalização económica e os direitos humanos, que se pretenda salutar, as críticas e manifestações ocorrem quando a globalização usando a sua hegemonia se concentra mais nas actividades que servem fins comerciais ou seja financeiramente lucrativas.

É precisamente nesta hegemonia que se levanta o problema do direito ao desenvolvimento e a necessidade de fortalecimento das instituições democráticas no Estado do Direito.

É nesta esfera que se opera a clivagem entre os objectivos preconizados pela globalização económica e a contabilização dos seus resultados.

Esta hegemonia imposta pela globalização ao querer potenciar-se abre fissuras no tecido social e faz emergir o fenómeno da exclusão.

²⁹⁷ De acordo com o original: *"You recognize that without respect for human rights and the rule of law in our increasingly global village, you will eventually, if not already, find yourself trying to do business in unstable political and social environments where not only your employees' health and safety are at risk but also your opportunities for building new markets and continued growth"*. Statement by Mary Robinson, United Nations High Commissioner for Human Rights at Business for Social Responsibility Conference on Profitable Partnerships, Building Relationships That Make a Difference, San Francisco, 3 November 1999. in https://www.unglobalcompact.org/newsandevents/speeches_and_statements/san_francisco_conference_on_profitable_partnerships.html

Esta realidade, para além de ser uma das novas fontes de violação de direitos humanos, passou a ser um dos principais enfoques de proteção dos direitos humanos por violar os princípios básicos da igualdade e da não discriminação.

Um outro desafio, senão o maior do nosso tempo, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, impulsionado pelo fenómeno da globalização hegemónica, prende-se com a proteção do meio ambiente.

O meio ambiente tornou-se um dos principais enfoques de protecção dos direitos humanos fundamentais. A degradação evolutiva do meio ambiente coloca em risco a dignidade e a própria sobrevivência humana. As conferências havidas sobre este fenómeno (Conferência de Estocolmo, em 1972, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos, em 1993, a Conferência das Nações unidas sobre as mudanças Climáticas – Protocolo de Kyoto, em 1997) é o sinal inequívoco da preocupação e reafirmação mundial dos direitos humanos ambientais.

A destruição do meio ambiente tornou-se um ilícito transfronteiriço e transnacional deveras preocupante e dada a sua magnitude, a sociedade internacional tem criado e multiplicado os instrumentos e os mecanismos internacionais de proteção.

O Direito do Ambiente, embora não sendo uma área nova, a sua internacionalização e globalização foi impulsionada através da Conferência de Estocolmo de 1972.

Dada a pertinência e importância das questões ambientais nos direitos fundamentais, esta área jurídica conta com mais de 250 tratados multilaterais e 1000 bilaterais firmados sobre o meio ambiente²⁹⁸.

O Direito Internacional do Meio Ambiente apesar da multiplicidade de instrumentos que o compõe, infelizmente, não conta hoje com uma organização ou instituição internacional única congregadora que responda específica e exclusivamente pelo Direito Internacional do Ambiente.

²⁹⁸ SCHWENCK, Terezinha – Direitos Humanos Ambientais, p.6. in <http://www.fadipa.br/pdf/schwenck.pdf>, acedido no dia 29.04.15.

A falta desta organização internacional centralizadora de instrumentos normativos e de jurisdições explica-se de acordo com José Cretella Neto por razões que se prendem com a própria história da sua formação, onde a criação das Convenções e Regulamentações internacionais tem sido com base em negociações motivadas pelas ocorrências de acidentes ecológicos²⁹⁹.

Assim, o Direito Internacional do Meio Ambiente fragmenta-se de acordo com os tipos de acidentes ecológicos ocorridos no mundo e de acordo com as áreas específicas do meio ambiente, tais como: meio marinho, águas continentais, atmosfera, litosfera, ecossistemas e outras.

A dinâmica da sociedade global quanto ao Direito Internacional do Meio Ambiente coloca desafios ao Direito Internacional Clássico ao pretender combater o ilícito ambiental e levar a prevenção com base na multiplicação dos instrumentos e jurisdições ambientais.

De facto, embora tenham sido criados um número significativo de Convenções multilaterais, conta-se hoje com um número muito alto de Convenções bilaterais e Regulações emanadas de organizações internacionais e de instituições transnacionais.

A nível multilateral ainda não existe um órgão jurisdicional específico de controlo e implementação das Convenções Internacionais do meio ambiente³⁰⁰. Todavia, para o efeito foram criados vários órgãos ou comités especializados para monitorar os acordos internacionais sobre o meio ambiente³⁰¹.

²⁹⁹ NETO, José Cretella (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit. p. 468.

³⁰⁰ De entre varias Convenções podemos apontar algumas as mais invocadas, a saber: Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, Convenção sobre a Diversidade Biológica, Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, a Convenção das Nações Unidas sobre Combate à Desertificação e Seca, Declaração da Sessão Especial da Assembleia das Nações Unidas de 1997 (Rio+5), Declaração Política da Cimeira Mundial de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002 (Rio+10).

³⁰¹ De entre os vários órgãos destacam-se, por exemplo: Comité de Implementação para o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que destroem a Camada de Ozônio (1990); Subcomité da OMI para a implementação do Estado do Pavilhão (1992); Comité de Implementação para o Protocolo à Convenção ECE (United Nations Economic Commission for Europe) sobre Poluição Atmosférica Transfronteiriça de Longo Alcance (1997); Comité de Revisão da Implementação da Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países por Seca Grave e/ou Desertificação, particularmente na África (2002); Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seus Depósitos (2003); Comité de Verificação sobre o Cumprimento da Convenção de Arusha sobre o Acesso à Informação, a Participação Pública nos Processos de Tomada de Decisões e Acesso a Justiça em Questões Ambientais (2003); Comité de Verificação sobre o Cumprimento do Protocolo de

A ordem jurídica internacional clássica que regula as relações públicas internacionais do poder estadual, para a proteção internacional do meio ambiente, tinha como estratégia de supervisão o controle vertical onde os Estados partes às Convenções tinha a obrigação de incorporar os instrumentos e os mecanismos de proteção adoptados no seu ordenamento jurídico interno.

Todavia, esta prática ou estratégia deparou com muitas dificuldades aquando da sua implementação. A resistência dos Grandes Estados Poluidores em adoptar os instrumentos internacionais de prevenção e proteção do meio ambiente demonstrou a inoperância do sistema e justificou a necessidade de encontrar outros mecanismos alternativos para lidar com o fenómeno.

A sociedade global, ao assumir o desafio de proteção do meio ambiente, dentro da globalização hegemónica, multiplicou e diversificou os actores para lidar com este fenómeno.

Esta realidade é apontada por alguns especialistas e doutrinários como não sendo adequada porque a coexistência desta multiplicidade de jurisdições pode criar sobreposições ou seja pode levar a um caos normativo ou mesmo gerar uma insegurança jurídica. Daí, a necessidade da criação de uma entidade supranacional voltada à proteção do Direito do Meio Ambiente ou seja a criação de um Tribunal Internacional do Direito do Meio Ambiente.

Os autores mais modestos entendem, na linha de José Cretella Netto que a diversificação dos instrumentos é importante, todavia, *“parece inquestionável a adoção de tratados multilaterais abrangentes, concentrados em problemas específicos ou regiões determinadas”*³⁰².

Cartagena sobre Biossegurança a Convenção sobre Biodiversidade (2005); Sistema de Cumprimento do Protocolo de Quioto a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1997); Convenção de Roterdã sobre o Protocolo de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos (1998); Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (1998); Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (2001) e outros. Vide, ROMANO, Cesare P.R., Project on International Courts and Tribunals, Center on International Cooperation, New York University, in http://www.picti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf

³⁰² Ibidem, p. 468.

No âmbito da política de unificação ou centralização dos mecanismos de controlo jurisdicional, na ausência de uma Corte Internacional do Meio Ambiente, emergem iniciativas como, por exemplo, a Fundação – Tribunal Internacional do Meio Ambiente em 1988³⁰³, *Mary Robinson Foundation - Climate Justice*³⁰⁴ e outras.

A sociedade global ao sofrer os efeitos climáticos fruto da ambição humana e da crueldade, quer para consigo, quer para com as gerações vindouras, assumiu o desafio e através dos fluxos de relações verticais, horizontais e transversais, desenvolvidos a nível económico ou de capitais, da informação ou comunicação, tecnológico ou de conhecimento científico multiplicou e diversificou os actores.

Esta diversificação deu-se quer quanto a regulação quer quando a prevenção dos direitos humanos ambientais.

O Direito Internacional do Meio Ambiente conta hoje com normas e mecanismos de prevenção multilaterais, bilaterais, regionais, nacionais, transnacionais e outros.

Uma das apostas e em expansão na promoção e prevenção do meio ambiente, impulsionada pelo fenómeno da globalização económica, relaciona-se com as organizações internacionais, instituições transnacionais e as empresas multinacionais.

O Direito Internacional do Ambiente diversificou os enfoques na abordagem do problema do meio ambiente. Hoje, as obrigações legais impostas pela ordem jurídica internacional para a defesa do meio ambiente, não se limitam aos Estados e as organizações inter-governamentais.

De acordo com o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta responsabilidade estende-se a todos os indivíduos e todos os órgãos sociais.

Hoje o grande enfoque está direccionado para os actores não estatais, como por exemplo, as empresas transnacionais e as multinacionais cuja acção incide sobre o meio ambiente e a sociedade no geral.

³⁰³Vide os Termos da *International Court of the Environment Foundation*, in <http://www.uncsd2012.org/content/documents/120icef.pdf>

³⁰⁴ *The Mary Robinson Foundation - Climate Justice is a centre for thought leadership, education and advocacy on the struggle to secure global justice for those people vulnerable to the impacts of climate change who are usually forgotten - the poor, the disempowered and the marginalized across the world. Vide in* <http://www.mrfcj.org/>

Estas empresas têm grande impacto na vida das sociedades, quer quanto a promoção, quer na garantia e no usufruto dos Direitos Humanos fundamentais³⁰⁵.

A ordem jurídica global através das organizações internacionais e instituições transnacionais desenvolveu instrumentos internacionais *standards* ou precisamente os Códigos de Conduta que devem ser adoptados voluntariamente pelas empresas dentro das obrigações. Trata-se de política da responsabilidade industrial para com o meio ambiente e com os Direitos Humanos Ambientais.

Dos vários instrumentos ou Códigos de Conduta disponíveis pode se indicar a título ilustrativo, por exemplo: “*EU Standards for European Enterprises (2003)*”³⁰⁶, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1976)*³⁰⁷, *UN Global Compact*³⁰⁸, WB “*Safeguard Policies*”.

Nesta estratégia e no âmbito da globalização económica constatou-se que a acção das Instituições da Bretton Woods, precisamente do Banco Mundial, para o efeito, adoptou princípios e políticas financeiras aliadas ao meio ambiente ou seja ao desenvolvimento sustentável³⁰⁹.

Dentro da responsabilidade ecológica dos Bancos Multilaterais de Desenvolvimento e das Organizações Internacionais de Desenvolvimento, um dos

³⁰⁵ AHMAD, Nisar Mohammad Bin, *The Economic Globalization and its Threat to Human Rights...*, op. cit. p. 277.

³⁰⁶ Vide, “*EU Standards for European Enterprises - General Guidelines for the cooperation between CEN, CENELEC and ETSI and the European Commission and the European Free Trade Association (2003)*” in Official Journal of the European Union, (2003/ C 91/0 4). Disponível in http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/standardisation-policy/general-framework/index_en.htm.

³⁰⁷ Vide, Directrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais, disponíveis in <http://mneguidelines.oecd.org/text/>.

³⁰⁸ Os princípios estabelecidos na UN Global Compact para os direitos humanos ambientais são: “a) *Businesses should support a precautionary approach to environmental challenges*; b) *undertake initiatives to promote greater environmental responsibility*; c) *and encourage the development and diffusion of environmentally friendly technologies*”. Vide in <http://www.unglobalcompact.org>.

³⁰⁹ O Relatório Brundtland da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente das Nações Unidas definiu o Desenvolvimento Sustentável como “*o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração actual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e económico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais*”.

requisitos para a concessão de crédito de financiamento aos requerentes é a comprovação ou vinculação destes às políticas e princípios de desenvolvimento sustentável³¹⁰.

Esta prática ou política corrente das instituições financeiras e organizações de desenvolvimento, coloca-as na primeira linha de garantes ou promotores da sustentabilidade ambiental, ao colocar os desafios ambientais acima das preocupações económicas.

Esta norma paradigmática que passou a influenciar o processo decisório das instituições na concessão de financiamentos e empréstimos bancários projectou-se e ganhou mais força e legitimidade depois da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92).

Este dever ou obrigação das instituições e organizações de desenvolvimento de adoptarem o princípio de desenvolvimento sustentável como paradigma ou norma a ser observada nas suas acções financeiras remonta aquando da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972³¹¹, na Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas³¹² e, do Programa de Implementação da Agenda 21³¹³.

Os princípios ou políticas de desenvolvimento sustentável do Banco Mundial, instituição pioneira na criação de normas ou parâmetros de acções “*Safeguard Policies*” em defesa do meio ambiente, social e cultural³¹⁴, estabelecida nos anos 70, assentam em três pilares básicos, a saber: “(i) a avaliação de impactos ambientais anteriores aos projectos; (ii) o fornecimento e reparação material pelos prejuízos sofridos pelas

³¹⁰ *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, Novos Actores para o Desenvolvimento Sustentável: as Instituições Financeiras, Pontes, Vol.4 n.º 4, 29 de Agosto de 2008.

³¹¹ Esta confere as organizações Internacionais um “*Papel coordenado, eficiente e dinâmico na protecção do meio ambiente*”.

³¹² Determina que o Banco Mundial e outras Instituições Internacionais de âmbito financeiro e de ajuda ao desenvolvimento reportem as suas actividades à Comissão de Desenvolvimento Sustentável.

³¹³ Encoraja os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento a “*fortalecer seus compromissos de apoio ao investimento nos países em desenvolvimento, de maneira que promova, a uma só vez, o crescimento económico, o desenvolvimento social e a protecção do meio ambiente*”.

³¹⁴ O Banco Mundial em resposta às críticas e manifestações em volta dos projectos de infra-estruturas realizados nas décadas de 1970 e 1980 – construção da represa de Sardar Sadovar, na Índia e ao programa Polonoroeste na Amazônia Brasileira – desenvolveu as primeiras políticas sobre o desenvolvimento sustentável que serviram de base à muitas outras instituições financeiras e de desenvolvimento, por exemplo, o Banco Internacional de Desenvolvimento (BID). Vide, ICTSD, Novos Actores para o Desenvolvimento Sustentável: as Instituições Financeiras, op. cit. p. 3.

peças afectadas pelos projectos; e (iii) a garantia, a tais pessoas, do direito de questionar a conformidade de medidas adoptadas com as directrizes do Banco, perante um órgão com competências investigativas”³¹⁵.

Os três pilares básicos³¹⁶, indicados acima, estabelecidos pelo Banco Mundial, foram o ponto de partida e o pivô catalisador para o desenvolvimento e adopção de políticas ou normas ambientais - desenvolvimento sustentável - por parte dos Bancos Multilaterais de Desenvolvimento.

Em 2003, com adopção dos “*Princípios do Equador*”, estas normas ambientais foram adoptadas pelos Bancos Comerciais Privados e várias agências internacionais de financiamento para o desenvolvimento.

Os *Princípio do Equador*, tidos como parâmetros sociais e ambientais relacionados com a *Performance Standards* da Corporação Financeira Internacional (CFI)³¹⁷, focalizam a sua atenção no instituto de avaliação do impacto ambiental, cuja observância constitui um requisito primário para a concessão de financiamento à projectos considerados de grande risco.

Para o efeito, esta avaliação incide sobre três parâmetros de impacto ambiental, a saber: i) A conformidade dos projectos com a legislação ambiental do país que recebe os investimentos ou seja o estudo do impacto ambiental deve ser positivo; ii) A conformidade com os *Performance Standards* da CFI; iii) A conformidade com as regras sócio-ambientais específicas ao tipo de empreendimento.

O paradigma – desenvolvimento sustentável – assim estabelecido dentro do impacto ambiental chamou atenção aos estudiosos cujos resultados contribuíram para os vários posicionamentos das organizações internacionais que culminaram na adopção de Declarações, Protocolos, Convenções e Tratados.

³¹⁵ Vide, ICTSD, *Novos Actores para o Desenvolvimento Sustentável: as Instituições Financeiras*, op. cit. p. 3.

³¹⁶ Dos indicadores propostos pelos vários organismos, tais como Comissão Europeia, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)³¹⁶, Global Environment Outlook (GEO), pode destacar-se os aprovados pela Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (CDS), em 1995 e revistos em 1996, 2001 e 2007 concebidos para servir de base aos países em desenvolvimento.

³¹⁷ A CFI é um organismo que faz parte do Banco Mundial.

As instituições de BWs e o Fundo Monetário Internacional, no âmbito do *Capacity Building* e na liderança das reformas económicas e sociais nos países em desenvolvimento incentivam a adopção de um quadro legislativo na área dos Recursos Naturais e Meio Ambiente, de acordo com a política de desenvolvimento sustentável e dentro dos parâmetros de acção “*Safeguard Policies*”.

A adopção destas políticas de desenvolvimento sustentável constituem um requisito ou condição para que estes estados sejam elegíveis para a ajuda ao desenvolvimento.

A filosofia subjacente na protecção dos Direitos Humanos do Ambiente, desenvolvida no âmbito da globalização económica, como se viu atrás, centrada no voluntarismo ou na regulação autónoma através de códigos de conduta tem sido objecto de muita crítica.

A crítica vai no sentido de que as empresas transnacionais ou multinacionais que estão na dianteira no processo da globalização pela sua acção e impacto no meio ambiente, assim como o seu poder e influência na sociedade global, deviam estar disciplinadas ou melhor vinculadas a um instrumento jurídico internacional que lhes conferisse um *standard* de coerência normativa e jurisdicional universal.

Entende-se que a vinculação a uma instância normativa internacional, por sua natureza, iria dar uma maior credibilidade e confiança as empresas, quer para sua projecção internacional, quer para sua reputação dentro da sociedade global.

A prevenção de um Direito Humano fundamental e vital como este do meio ambiente, através de códigos de conduta autónomos, não seria eficaz e nada garante que muito não fique por fazer neste grande desafio. Portanto, a protecção através de códigos legislativos internacionais traria mais vantagens e uma maior eficácia.

Esta temática sobre a eficácia e o modelo de prevenção dos Direitos Humanos do Ambiente foi objecto de um estudo e de uma análise profunda e exaustiva cujo relatório intitulado por “*Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing International*

Legal Obligations of Companies”, foi editado em 2002, sob os auspícios da “*International Council on Human Rights Policy*”³¹⁸.

Este estudo reconhece a existência de uma crença generalizada de que os Códigos de Conduta autónomos ou voluntários criados pelas empresas ou instituições para a prevenção dos Direitos Humanos Ambientais, por si sós, são ineficazes e a sua proliferação conduz a incoerências e contradições³¹⁹.

Algumas vozes entendem que os códigos de conduta autónomos ou criados com a participação das empresas são mais eficazes do que a Regulação Jurídica Internacional. Esta última porque a sua motivação e ratio é extrínseca à empresa e o seu acatamento ou eficácia é reduzida.

Pelo contrário, quando estas normas imanam dentro da própria empresa e esta as reconhece como suas e, identificando-se com elas, a sua realização e eficácia é maior.

Constata-se que os mecanismos tradicionais, tais como, a regulação internacional – via indirecta - que impõe obrigações aos Estados ou agentes estatais para a protecção dos Direitos Humanos Ambientais junto às empresas e cuja violação leva a sanções e ou a regulação internacional – via directa - que impõe obrigações legais directamente às empresas, estão a perder credibilidade pelos resultados negativos alcançados e infelizmente, não foram estruturadas para responder às exigências impostas pelo processo da globalização.

A ideia ou os pressupostos de que os Estados e as Agências internacionais têm o dever e a vocação *sui generis* de proteger o meio ambiente e defender os Direitos Humanos dos cidadãos tem sido desafiados e questionados dentro da nova ordem jurídica global.

³¹⁸ UN - International Council on Human Rights Policy. 2002. Beyond Voluntarism: human rights and the developing international legal obligations of companies summary. In http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf

³¹⁹ Ibidem, p. 4.

No âmbito das políticas neoliberais da economia do mercado, sustenta-se que a força ou a lei do mercado por si só fará com que as empresas assumam autonomamente esta responsabilidade dentro da concorrência imposta pela globalização³²⁰.

Contra este argumento contrapõem os defensores da regulamentação internacional, evidenciando o facto de que se a força da mão invisível do mercado fosse a solução, como se explica que nas últimas décadas o número dos abusos e violações dos Direitos Humanos do Ambiente esteja a aumentar drasticamente?

Não obstante, mesmo que os códigos de conduta autónomos fossem os mais adequados para lidar com o fenómeno dentro da sociedade global, muitas vezes, quando os seus princípios colidem com os outros, por exemplo, com os interesses económicos, os princípios da conduta autónoma correm o risco de passar para *second inter pares* ou seja deixam de ser tomados em conta.

A experiência mostrou que tem sido frequente e recorrente a relutância dos agentes económicos em incorporar o princípio 15º da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento nos seus Códigos de Conduta - o princípio da precaução³²¹.

Na realidade, quando os resultados do impacto ambiental indicam a existência de uma ameaça de danos irreversíveis, mesmo sem certeza científica na matéria, os interesses económicos acabam quase sempre vencendo e a proteção do meio ambiente fica sempre preterida³²².

O mecanismo de protecção instituído pelos Bancos Multilaterais de Desenvolvimento e Bancos Comerciais Privados, apesar de ser códigos de condutas

³²⁰ “...many see any type of regulation as unwarranted, believing market forces will ensure that companies adopt best practices, with regard to human rights or other issues”. Vide, UN - International Council on Human Rights Policy. 2002, op. cit., p.6.

³²¹ O Princípio 15 da Declaração do Rio sobre o Meio do Ambiente e Desenvolvimento, dispõe o seguinte: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

³²² Vide, vários casos relatados por MORRIS, Sarah M., The intersection of equal and environmental protection: a new direction for environmental Alien Torts claim after Sarei and Sosa, in Columbia Human Rights Law Review p. 334 e ss. Ou UNGER, Russel, *Brandishing the precautionary principle through the Alien Tort Claims Act*, 2001, 9 New York University Environmental Law Journal 638., in <https://litigation-essentials.lexisnexis.com>

autónomos e mecanismos autorreguladas, parece-nos oferecer maior eficácia quanto a salvaguarda do princípio de precaução.

De acordo com as normas ou políticas das instituições bancárias que adoptaram o princípio de precaução, em rigor, se os credores não observarem amplamente este princípio não usufruirão do crédito e consequentemente a acção devastadora contra o meio ambiente não se efectiva por falta de recursos.

Um dos problemas ou desafios sobre os instrumentos e mecanismos de prevenção ou protecção dos Direitos Humanos em geral e do ambiente em particular prende-se com a distinção da natureza das normas.

Esta realidade tornou-se comum hoje na ordem jurídica global, entre as “*soft rules*” (resoluções ou normas standards adoptadas pelas organizações internacionais, declarações conjuntas emitidas por um grupo de Estados ou normas ao estilo de *guidelines*) e as “*hard rules*” tradicionalmente conhecidas por tratados ou convenções.

As primeiras são tidas como as que não criam obrigações jurídicas enquanto as segundas são aquelas que criam obrigações. Todavia, esta distinção não é linear porque um princípio ou recomendação desenvolvido como “*soft law*” pode criar uma obrigação legal. O mesmo pode ocorrer com as resoluções classificadas como normas de “*soft law*”, que cria uma obrigação ou vínculo jurídico, por exemplo, uma Resolução das Nações Unidas.

Um tratado, dependendo da sua natureza, pode não criar vínculos jurídico, na verdade estes só criam para os Estados partes que o ratificam³²³.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental porque é uma prerrogativa individual prevista constitucionalmente. Portanto, este direito em nenhum momento devia ser tratado ou considerado por “*soft law*”. Este por ser um direito fundamental e de acordo com a nova ordem ecológica internacional cria uma obrigação *erga omnes*.

O problema que divide os estudiosos quanto aos mecanismos de protecção do meio ambiente na sociedade global e consequentemente dos Direitos Humanos do

³²³ UN - International Council on Human Rights Policy. 2002, op. cit., p.5.

ambiente, encontra numa e noutra posição vantagens e desvantagens. Daí que, o estudo levado a cabo sob os auspícios da “*International Council on Human Rights Policy*” sobre esta controvérsia tenha recomendando pela simbiose das duas posições.

O estudo enfatiza o facto de que não há promoção e nem protecção dos Direitos Humanos sem instrumentos específicos que impõe obrigações e deveres aos intervenientes no processo, tais como os Estados, as empresas e a sociedade em geral.

Para que os intervenientes no processo se sintam coagidos a assumir as suas responsabilidades e obrigações ou seja os seus deveres para com o meio ambiente e consequentemente para com os Direitos Humanos em especial, devem ser acionados todos os mecanismos em simultâneos dada a sua complementaridade³²⁴.

Para esta responsabilidade dos intervenientes, devem coexistir dentro da complementaridade mecanismos internacionais de prevenção jurídica directas ou indirectas, mecanismos jurídicos nacionais, códigos de conduta autónomas ou voluntários e normas autorreguladas.

O debate sobre a integração evolutiva dos Direitos Humanos no mundo tomará outra direcção quando os Direitos Humanos conseguirem impor-se como direitos subjectivos e implementados no sentido jurídico e não como, hoje, infelizmente, são predominantemente tratados por vários povos e culturas - como uma orientação moral de actuação política.

Quando os Direitos Humanos conseguirem impor-se e merecerem o devido tratamento, relativo à sua integração nos ordenamentos internos de todos os Estados, a semelhança do que se constata com os direitos fundamentais nas constituições dos Estados modernos e civilizados, estes encontrarão a sua integração evolutiva plena e os próprios cidadãos estarão identificados como seus autores.

³²⁴ O International Council on Human Rights Policy dispõe o seguinte: “*it is increasingly clear that voluntary codes and non-official means of monitoring compliance should be complemented by legal rules and legal accountability. In the absence of such a framework of legal accountability, voluntary approaches will remain ineffective and contested*”. Vide, ibidem, p. 158.

4.3. Direito Internacional Humanitário e a Ordem Jurídica Global

As normas de ajuda humanitária constituem um instrumento imprescindível e indispensável para a efectivação e o alcance dos objectivos e propósitos humanitários de ajuda humana quer em situação de conflito quer em paz ou crise.

As normas de ajuda humanitária são instrumentos que regulam a acção dos sujeitos internacionais e nacionais na efectivação de uma acção humanitária internacional ou nacional. São normas que caem na alçada do Direito Internacional Humanitário³²⁵, embora protagonizadas por vários sujeitos de Direito Internacional, tais como, as organizações internacionais e nacionais (governamentais e não governamentais) e outros actores não estaduais.

O Direito Internacional Humanitário caracterizado por um conjunto de instrumentos de regulação, doutrina e instâncias de resolução de conflitos, conheceu uma evolução complexa depois da II Guerra Mundial³²⁶ e da Guerra Fria, deixando de ser só um direito que impõe as regras aplicáveis a protecção das pessoas na vigência de um conflito armado³²⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, surge como uma plataforma ou substrato que levou à criação e multiplicação dos instrumentos gerais e especiais de protecção e promoção dos Direitos Humanos.

³²⁵ O Direito Internacional Humanitário cai dentro da alçada do Direito Internacional Público, se recuarmos para o tempo de Hugo Grocio (1583-1645) o fundador do Direito Internacional, cuja obra de 1625 fora intitulada: *De Iure Belli ac Pacis*. Deste então, até primeira metade do século XX a maior parte dos manuais de Direito Internacional ostentava esta divisão: Direito da Guerra (o *ius bellum*) e Direito da Paz (o *ius pacis*). Com a prescrição do uso da força, esta distinção deixou de fazer sentido e hoje a divisão do Direito Internacional funda-se em três critérios: do âmbito de aplicação – Direito Internacional Geral ou Comum e o Direito Internacional Particular; da hierarquização regulativa – Direito Internacional Constitucional e o Direito Internacional Ordinário; das matérias reguladas – Direito Internacional Geral e o Direito Internacional Especial. Para esta divisão, vide GOUVEIA, Jorge Bacelar (2005) *Manual de Direito Internacional Publico*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 42-45.

³²⁶ Vide a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

³²⁷ Sobre a definição do Direito Internacional humanitário, vide Joaquim da Silva Cunha, *Direito Internacional Público – relações internacionais (aspectos fundamentais do seu regime jurídico)*, III, Lisboa, 1990, pp. 152 e ss.

Esta dinâmica que ditou a especialização dos instrumentos dos Direitos Humanos fez desaparecer a hierarquia entre vários instrumentos e, foi neste âmbito que surgiu o Direito Internacional dos Refugiados³²⁸ e o Direito Internacional humanitário.

A pacificação dos povos e nações vivido nestas últimas décadas fez que o Direito Internacional Humanitário, na sua concepção clássica, encontrasse um decréscimo na sua importância circunstancial à medida que a ocasião para a sua aplicação também vinha decrescendo.

Ao mesmo tempo que o mundo sente o decréscimo das normas de Direito Internacional Humanitário quanto ao seu relevo fáctico, constata-se também que estas normas que condenam o uso da força não são efectivas, quando em pleno século XXI se depara com intervenções militares muitas vezes à revelia dos preceitos internacionais de protecção de guerra, se tem sucedido³²⁹.

A dinâmica e a evolução positiva dos crimes de guerra criaram uma base para o mundo se concentrar menos nos conflitos mas mais nas crises humanitárias em tempo de paz, consequência das guerras ou de calamidades naturais e artificiais, do meio ambiente, da protecção e promoção dos Direitos Humanos da terceira e quarta geração (erradicação da pobreza absoluta, direito ao alimento, direito ao desenvolvimento, transposição das barreiras e assimetria norte e sul).

Esta nova realidade e dinâmica do Direito Internacional Humanitário colocaram o mundo perante duas grandes frentes, a saber:

³²⁸ O Direito Internacional dos Refugiados surge a partir de 1921 através da Liga das Nações e mais tarde da Organização das Nações Unidas. Este direito contempla duas partes: i) institucional – criação de organizações internacionais para assistência e protecção dos refugiados; ii) contratual – criação de instrumentos jurídicos e estatutárias dos agentes e dos beneficiários. No âmbito institucional, a ONU criou uma agência para lidar com estas matérias, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Vide, Os Estatutos do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, disponíveis no: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0004.pdf>. Acedido no dia 28 de Abril de 2013.

³²⁹ Pode-se apontar como exemplos as intervenções dos USA no Iraque e no Afeganistão; A guerra contra o terrorismo internacional no Reino Unido e nos Estados Unidos, vide SIEHR, Angelika (2004) Derogation Measures under Article 4 ICCPR with Special Consideration of the war Against International Terrorism, in German Yearbook of international law 47 (2004). Berlim: Duncker & Humblot, 2005, pp.545 e ss; O caso da prisão do Guantanamo dos Estados Unidos, descrito por WOLFRUM, Rudiger, 2003, The Attack of September 11, 2001, the Wars Against Taliban and Iraq. Is there a Need to Reconsider International Law on Recourse to Force and the Rules of Armed Conflict. In: *Max Planck Yearbook of United National Law*, vol. 7, pp. 52-62 e 77 ss.

i) No tocante aos conflitos - prevalece o debate sobre o tema de ingerência humanitária, ou seja, em que termos pode um Estado ou qualquer outro sujeito internacional, intervir no território do outro Estado, em socorro de populações vitimas, perante a oposição do Estado respectivo?

ii) Quanto às crises humanitárias – questiona-se, até que ponto as normas de ajuda humanitária desenvolvidas pelas instituições doadoras ou sujeitos de Direito Internacional ao condicionar o auxílio à observância de certas regras, em diversos domínios, tanto os relativos ao tipo de ajuda prestada como regras gerais de política, de administração, de *accountability* não actuam destrutivamente em relação ao desenvolvimento ou ordens jurídicas dos Estados receptores ou beneficiadores da ajuda humanitária?

4.3.1. Direito ou dever de ingerência e o Direito Internacional Humanitário

A reflexão sobre o direito ou dever de ingerência é hoje colocada dentro desta dualidade: “Direito de assistência humanitária» versus «Direito de ingerência”.

O Direito Humanitário nasce associado aos conflitos de guerra como foi referenciado acima³³⁰.

A evolução e o desenvolvimento dos Direitos Humanos, principalmente no tocante a defesa e garantias dos direitos da terceira e quarta geração, permitiram que o princípio clássico de legítima defesa ganhasse uma nova conceitualização e extensão, desta em defesa dos povos ou grupos vulneráveis, inocentes e sem voz, quando os seus direitos fundamentais são postos em causa.

A comunidade internacional perante as atrocidades, extermínios ou limpezas étnicas protagonizadas pelos Estados ou grupos armados vê-se na contingência e no exercício do direito humanitário de garantir o direito de legítima defesa aos indefesos.

³³⁰ cf. Supra, nota de rodapé n.º 95.

Esta contingência humanitária fragilizou o princípio do Direito Internacional de não ingerência tido como pressuposto soberano básico de boas relações e respeito mútuo entre os Estados e nações.

O desenvolvimento do direito humanitário e a conjuntura internacional dos direitos humanos abriu o espaço para um novo paradigma no Direito Internacional ao permitir a invocação do – “Direito de Ingerência”.

O “direito de ingerência” surge no âmbito da obrigação moral ou ética da comunidade e do Direito Internacional para preservar os valores internacionais de protecção dos direitos humanos mais elementares, através da assistência humanitária.

Este nasce da contingência dos Estados agirem em caso de violações dos direitos humanos e fundamentais sem a permissão, tácita ou expressamente, do Estado visado, com o intuito de restaurar a paz e liberdade ou repor os direitos em causa.

O conceito de direito de ingerência, embora novo³³¹, tem sido ponto de discórdia e controvérsias, por significar ou opor-se ao princípio de soberania e não-intervenção.

Mario Bettati define o conceito de intervenção por «*intromissão sem razão de um Estado ou de uma organização intergovernamental nos assuntos que dependem da competência exclusiva de um Estado terceiro*»³³². Todavia, quando a intromissão é autorizada e até solicitada não constitui problema porque a partida as acções a desencadear foram previamente acordadas ou consentidas.

Dentro desta lógica, não se coloca aqui o problema da soberania e do princípio de não intervenção. Todavia, o problema surge quando o Estado ou outro sujeito interveniente condiciona o seu auxílio dentro de certos requisitos ou exigências.

³³¹ O conceito de Direito de Ingerência foi criado pelo filósofo e jornalista francês Jean-François Revel (1924-2006), influenciado pela tragédia de guerra em Biafra (1967-1970). Em 1987, dos esforços do jurista italiano Mario Bettati, do médico francês Bernard Kouchner, um dos fundadores da ONG *Medicins sans frontières* (Médicos sem Fronteira) e ex-ministro do Estado francês, o termo ganhou notoriedade internacional e o status do conceito, prevendo o socorro as vítimas e refugiados de conflitos violentos. Vide, LIMA, Barbara, *Direito de Ingerência e Soberania no Pós-guerra Fria: limitações e necessidades do intervencionismo humanitário*. Revista Electrónica Boletim do Tempo, Ano 5, n.º 32, Rio, 2010, ISSN 1981-3384.

³³² BETTATI, Mario, 1996, *O direito de ingerência, Mutação da ordem internacional*. Lisboa, Instituto Piaget, pp.12 e 13.

Bettati distingue dois tipos de ingerência: imaterial, aquela que não implica a presença corporal de estrangeiros no espaço territorial do Estado visado³³³ e a material, aquela que implica a presença corporal de estrangeiros e pode subdividir-se em três categorias: «a ingerência caritativa, forçada e dissuasora»³³⁴.

A globalização dos espaços e o fluxo transfronteiriço ditou novas formas de crises mundiais cuja prevenção e segurança não encontrariam resposta nas formas de intervenções ou ingerências descritas.

Com a crise vivida hoje caracterizada por novos riscos de estabilidade mundial, tais como, a pobreza absoluta, pandemias, armas multiformes, terrorismo, criminalidade transfronteiriço, urge identificar uma nova forma de ingerência, visto que as protagonizadas nos dias de hoje não estão a surtir efeitos desejados.

Philippe Moreau Defarges deu um passo ao identificar e dividir o direito de ingerência em três modalidades: «*ingerência imperial, democrática e humanitária*»³³⁵. Todavia, o direito de ingerência não pode esvaziar a soberania dos Estados. Quando isto acontece corre-se o risco de banalizar ou tornar o direito de ingerência frágil quando, sobre o pretexto de direitos humanos, admitir-se as reivindicações de cada minoria que se sente ameaçada por seu Estado.

³³³ Esta consistia na condenação política ou judicial de um Estado resultante da deliberação de órgãos internacionais depois de uma consulta e exame de situações em causa. Pode-se tomar como exemplo de uma ingerência imaterial aquela que vigorou por duas décadas no período entre a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção do Genocídio e as primeiras acções humanitárias transnacionais, de 1948 a 1968. Neste período a comunidade internacional não tinha competência de intervir e cabia exclusivamente ao estado o domínio sobre os seus indivíduos e povos. Vide, BETTATI, Mario, 1996, O direito de ingerência, op. cit., pp.12 e 13.

³³⁴ A ingerência caritativa desenvolveu-se no período compreendido entre o ano de 1968 a 1988. Esta caracterizou-se pelo auxílio imparcial as populações com respeito a soberania do Estado e neutralidade caritativa. Entra neste grupo a ingerência missionária ou religiosa prestada pelas Igrejas. A ingerência forçada seria aquela não consentida pelo Estado visado. Esta inicia com medidas diplomáticas, sanções económicas e embargos comerciais, sem acção militar em auxílio das vítimas de desastres naturais e refugiados.

³³⁵ Vide DEFARGES, Philippe Moreau, 2006, *Droits d'ingerence. Dans le monde post-2001*, Paris, Sciences Po, p. 49. O autor caracteriza a intervenção imperial como aquela movida por fins políticos tais como a promoção da democracia, da liberdade económica e da paz, feita dentro da capa dos direitos humanos. A ingerência democrática *a priori* é consentida pelo Estado dentro de um acordo bilateral com uma determinada organização. O Estado visado passa por adoptar os instrumentos internacionais pertinentes para a garantia e desenvolvimento do Estado democrático de Direito por reconhecer neste modelo vantagens para o bem-estar e desenvolvimento do próprio Estado. A ingerência humanitária possui as mesmas características descritas por Bettati quanto a caritativa.

Na medida que o espaço globalizado vai se alargando e o mundo transformando-se numa aldeia, o conceito clássico de soberania descaracteriza-se e o direito à soberania é invocada pelos Estados quanto ao princípio de não ingerência perde fundamentos.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, ao salvaguardar o direito à soberania e de igualdade jurídica³³⁶ entre os Estados através do princípio de não ingerência, cria ao mesmo tempo o espaço para a recepção do “direito de ingerência” quando este dispõe que *“este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercivas constantes do capítulo VII”*³³⁷.

Esta abertura consagrada na Carta tem sido o ponto de discórdia e debates entre os estudiosos e analistas internacionais do Direito. Para suavizar os espíritos e contornar as questões semânticas que o conceito desenvolveu, os protagonistas de ajuda humanitária substituíram o conceito acima por outro similar «direito de assistência humanitária».

A intervenção de assistência humanitária tem sido desenvolvida dentro das seguintes áreas:

- i) a assistência protagonizada pelas organizações governamentais, não-governamentais, actores privados e agências internacionais ou supranacionais em situação crítica ou de crise económica e humanitária;
- ii) assistência de emergência após catástrofes naturais com consentimento do Estado visado;
- iii) intervenção militar decretada pelo Conselho de Segurança da ONU;
- iv) intervenção de um Estado ou coligação de Estados sem a autorização do Conselho de Segurança da ONU.

A intervenção humanitária que o Direito Internacional legitima seria aquela sob a tutela do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

³³⁶ Cfr. Alínea 1, do artigo 2º da Carta das Nações Unidas que dispõe: *“A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros”*.

³³⁷ Cfr. Alínea 7, do artigo 2º da Carta das Nações Unidas que dispõe: *“Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as nações Unidas a intervir em assuntos que dependem essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigar aos Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII”*.

O direito da assistência ou da intervenção humanitária, para os fins propostos, teve no início acolhimento positivo pela comunidade internacional.

Ao longo da história desenvolveram-se duas linhas antagônicas de pensamento, uma a favor da intervenção humanitária de acordo com o disposto na Carta³³⁸ e outra linha contra este instituto³³⁹.

Este pensamento parte do pressuposto lógico de que aceitar este direito de intervenção invalidaria e anularia o princípio básico das relações internacionais, assentes na soberania e na não intervenção em assuntos internos.

Por outro lado, aceitar este instituto seria incongruente e ilegítimo porque estaria a promover-se um direito violando outro direito. Todavia, seria imoral permitir que se violem direitos fundamentais para salvaguardar a soberania de um Estado e no estrito respeito ao princípio da não intervenção. Não obstante, assume-se que a ingerência humanitária requer meios que são contrários aos seus fins. Assim, estaríamos perante o princípio belicista de fazer a guerra para acabar com a guerra.

O J. J. Gomes Canotilho, perante este debate, posiciona-se ao reconhecer o conceito de ameaça à paz como uma das exigências da nova ordem internacional. Todavia, esta nova ordem internacional não pode racionalmente ser aferida ou estabelecida através *de transposições de planos entre intervenções militares por ameaça a paz em vez de intervenções humanitárias*³⁴⁰. Não obstante, reconhecida esta nova ordem internacional – o direito de ingerência – de acordo com Canotilho, deve estruturar-se como «Estado de Direito» ou como comunidade que observa o *the rule of the law*.

Para que este instituto seja legitimado, as exigências formais que devem ser observadas contidas na Carta das Nações Unidas não seriam suficientes, devendo-se, para o efeito, exigir-se a racionalidade material³⁴¹.

³³⁸ Esta posição foi defendida por diversos autores clássicos do Direito Internacional, tais como Francisco de Vitoria e Hugo Grotius.

³³⁹ Posição defendida por Internacionalista Antoine Rougier.

³⁴⁰ CANOTILHO, apud PESTANA (2004), op. cit. p.14

³⁴¹ Ibidem, p.14. Canotilho observa racionalmente que “*a dimensão puramente formal da autorização para a ingerência – humanitária ou militar – não é fundamento suficiente para assegurar a legitimidade da mesma. Ainda que não haja um «último guardião» para assegurar a legalidade das deliberações do Conselho de Segurança, existe pelo menos a racionalidade material que a comunidade internacional exige as acções dos seus*

Este posicionamento de Canotilho que prima pela exigência da legalidade do acto esbarra com o poder soberano dos Estados que não abrem a mão a sua soberania, mesmo cientes de que a garantia dos direitos humanos dos cidadãos e dos povos quer a nível internacional e nacional é irrevogável e tida como a pedra angular para o bem-estar da humanidade.

A racionalidade material ou o “Estado de direito” preconizado por Canotilho, embora tido como fundamento básico e doutrinário para legitimar o direito da ingerência, este sobrepõe-se à soberania dos Estados e nenhum Estado por mais democrático que seja, colocaria a sua soberania nas mãos alheias, ou seja, ninguém aceita assinar a sentença da sua própria morte.

Na linha do posição racional defendida por Canotilho emergem outras posição mais radicais que sustentam que mesmo com a observância formal dos requisitos consagrados na Carta das Nações Unidas e da racionalidade material requerida, o direito de ingerência ou a intervenção para a defesa dos direitos do homem num dado Estado não só seria a violação dos Direitos Humanos, mas a própria paz e segurança internacional³⁴².

A exigência formal disposta na Carta das Nações Unidas – *violação dos direitos que ameace a paz e a segurança internacional* – não colhe consenso por falta de uma descrição e explicitação clara sobre os critérios que autorizam o seu uso e o que, de facto, atentaria contra a paz e a segurança internacional.

Aceitar o exercício deste direito, sem regras e requisitos claros para a sua invocação, pode servir de pretexto para a prática de abusos e consequentemente violação de direitos humanos. Daí que se apele para o estabelecimento de princípios e regras de tolerância e prudência a serem tidas em conta na aplicação do direito de ingerência.

Não obstante, a globalização vai dia após dia alargando a interdependência e estreitando o espaço soberano dos Estados.

órgãos. *Uma crise humanitária não se inventa é necessário existirem situações existenciais colectivas quando não seja possível manter o padrão mínimo humanitário*”.

³⁴² Posicionam nesta linha Celso D. Albuquerque Mello. Vide, MELLO, apud DELEGADO (2005) op.cit., p. 66.

O Conselho de Segurança da ONU atento a este debate internacional, depois de muitos anos em silêncio, eis que em 1991, aprova a resolução 688³⁴³, de 5 de Abril, que autoriza a intervenção humanitária para assistência a população curda residente no Iraque, vítima dos abusos do governo de Saddam Hussein.

Esta resolução ficou conhecida como resolução do direito de ingerência e passou a ser invocada para casos similares como se pode constatar no caso da Somália e Bósnia.

Este posicionamento do Conselho de Segurança da ONU abriu uma nova página no Direito Internacional – o reconhecimento de uma nova ordem jurídica global – que coloca os Direitos Humanos e Humanitários acima da soberania dos Estados.

Quando um Estado permite ou torna-se autor de crimes macabros ou seja violação dos direitos do seu próprio povo, este Estado perde a legitimidade perante o mesmo povo e a comunidade internacional e com ela a soberania invocada e o direito a não ingerência nos assuntos internos dos Estado.

A soberania de um Estado deve ser preservada quando as acções deste Estado são moralmente justificáveis e defensáveis.

Este reconhecimento abriu espaço para que os Estados singulares ou coligados estreitem laços de solidariedade para com os povos ou nações quando os Direitos Humanos estão em jogo ou aquando do combate aos crimes transnacionais – o terrorismo ou narcotráfico. Quando isto acontece, estes podem ser autorizados pelo Conselho de Segurança da ONU, com base no cap. VIII da Carta da ONU a agirem com a sua própria força, mostrando ao mundo a solidariedade humana para com a dor e sofrimento do próximo e com a intenção expressa de alterar o cenário em jogo.

Estas acções, como se pode constatar, envolvem um alto aparato militar e bélico e um grau de riscos elevados³⁴⁴.

³⁴³ Resolução que foi adoptada por dez membros do Conselho de Segurança da ONU – dos quais 3 votaram contra (Cuba, Iemen e Zimbábue) e China e Índia abstiveram-se.

³⁴⁴ Como por exemplo, no Iraque, Somália e Ruanda, a intervenção militar humanitária passou por derrube do próprio sistema, protecção territorial, operações de ajuda as pessoas, desarmamento das partes beligerantes, desmobilizar forças e organizar e monitorar o processo das eleições e ajudar na reconstrução do país e dos governos, força policial e os militares.

Esta nobre acção humanitária, dada a sua dimensão e complexidade, está longe de ser concretizada por um único sujeito do Direito Internacional – o Estado – abrindo assim espaço para a colaboração com outros actores estatais e privados.

4.3.2. Os Desafios do Direito Internacional Humanitário e a Ordem Jurídica Global

A globalização dos espaços protagonizados pelas políticas neoliberais da economia do mercado ditou novas formas de crises mundiais e humanitárias cuja prevenção e segurança não encontrariam resposta nas formas tradicionais de protecção desenvolvidas dentro da lógica do Direito Internacional Público.

O Direito Internacional Humanitário, no âmbito dos direitos humanos, foi um dos primeiros a emergir dada a sua vocação humanista de minorar a dor, o sofrimento e salvar vidas humanas.

De facto, recuando aos tempos de Hugo Grocio (1583-1645) o fundador do Direito Internacional, cuja obra de 1625 que fora intitulada “*De Iure Belli ac Pacis*”, o Direito da Guerra tinha como pressuposto básico disciplinar o poder abusivo dos Estados contra o seu próprio povo ou seja o tratamento cruel ou desumano de pessoas sujeitas a sua jurisdição.

Como se pode constatar ao longo da história, este Direito de intervenção exercido pelos Estados para a invasão da soberania do outro Estado em socorro dos cidadãos vítimas do seu próprio Estado, nem sempre foi usado para o fim nobre preconizado.

De acordo com José Cretella Neto, muitas vezes este direito foi usado para disciplinar ou pôr ordem nalguns Estados a beira de anarquia e noutros casos para legitimar a colonização e o imperialismo³⁴⁵.

Com o início das duas guerras mundiais o princípio de intervenção humanitária começou a assumir uma multiplicidade de formas de actuação e consequentemente de justificativas.

³⁴⁵ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais..., op. cit., p. 562.

As intervenções no âmbito da assistência humanitária diversificam-se assim como se multiplicaram os actores ou sujeitos do Direito Internacional.

Neste período que culmina com o fim da guerra fria, a assistência humanitária expande-se desde a assistência dos feridos de guerras, do processo de cessar-fogo e da manutenção da paz, assistência ao processo eleitoral, missões de observação e monitoramento dos direitos humanos, apoio aos governos na reconstrução pós-conflitos, quer no desenho e implantação dos novos sistemas políticos, quer nos cuidados básicos e treinamento técnicos e outros.

Esta multiplicidade de tipos de assistência que caracteriza hoje a intervenção humanitária leva a que esta se defina como uma acção que envolve recursos humanos e materiais, com uso ou não de força, com vista a repor a dignidade humana ameaçada por actos humanos ou por fenómenos naturais³⁴⁶.

A nova ordem jurídica internacional ditada pelo fenómeno da globalização diluiu o princípio básico subjacente nas relações internacionais – de não intervenção – ou seja quando esta era permitida ou legitimada desenvolvia-se de forma cirúrgica.

Hoje, de acordo com a diversidade de tipos de intervenções e no âmbito da globalização, descaracterizou-se o poder soberano dos Estados, levando a que muitas intervenções de assistências não obedeçam os requisitos tradicionalmente consagrados (a autorização, consentimento, a imparcialidade e outros) cuja acção é requerida.

As catástrofes provocadas por seres humanos ou por fenómenos naturais multiplicaram-se e as crises humanitárias (acrescer as crises tradicionais conta-se, por exemplo, pandemias, armas multiformes, terrorismo, sismos, xenofobia, migração, crime organizado transfronteiriço, etc.) acabaram por ditar a diversificação dos instrumentos e jurisdições para lidar com o fenómeno.

Conta-se hoje, para além das Agências da ONU (ACNUR, FAO, UNICEF, PNUD, OMS, UNESCO, PAM e WFP) outras organizações internacionais não-governamentais, tais como os mais representativos, o Comité Internacional da Cruz

³⁴⁶ Ibidem, p. 560.

vermelha (CICV), Organização Internacional para a Migração (OIM), o CARE, a CARITAS, a Médecins Sans-Frontières, que actuam no âmbito das crises humanitárias.

Estas agências e organizações coordenam várias outras organizações no terreno quer quanto a assistência e quer quanto a protecção dos cidadãos atingidos pelos conflitos ou catástrofes naturais.

Esta assistência e protecção no âmbito da ONU conta com uma entidade coordenadora, o Comité Permanente Intergovernamental (Inter-Agency Standing Committee) composto por membros representantes das várias agências e organizações internacionais.

A ONU para enfrentar o desafio das catástrofes naturais criou dentro do Departamento dos Assuntos Humanitários (DAH) uma unidade, um grupo consultivo cujos membros são oriundos do PNUD e DAH e que cooperam com outros intervenientes, tais como Agência Internacional para a Energia Atómica, Organização Marítima Internacional, a União Europeia e outros na protecção e conservação do meio ambiente³⁴⁷.

Reconhecida a accção crucial da ONU desde a sua criação quanto a sua assistência e protecção humanitária, a multiplicação das catástrofes nas últimas décadas ditaram o fortalecimento e a especialização das ONGs na matéria de assistência e protecção humanitária.

As ONGs constituem, hoje, uma força ou um parceiro imprescindível na assistência humanitária dada a sua motivação e o conhecimento técnico para lidar com situações extremamente difíceis e delicadas.

A tarefa mais espinhosa nas catástrofes desencadeadas pelas intervenções ou pelos desastres naturais surgem na fase pós-intervenção para reparar a vítima e prevenir outras calamidades.

Esta tarefa passa necessariamente pela reabilitação humana em todas as dimensões, a saber: clínica, psicológica, sociológica, cultural e económica.

³⁴⁷ Ibidem, p. 568.

O princípio de ingerência desenvolvido pela doutrina tradicional e defendida pelo Direito Internacional Geral está nos últimos tempos a ficar diluído com a entrada em vigor da nova ordem jurídica internacional global.

A sociedade global, em resposta aos desafios impostos pela nova ordem jurídica global quanto a assistência humanitária e a protecção da dignidade humana, deixou de concentrar a sua atenção ao princípio de não-inteivenção ou da soberania dos Estados. Esta tem-se concentrado mais na reparação da vítima ou seja a reposição dos seus direitos internacionais dos direitos humanos violados.

Esta realidade ou desafio emergente dentro dos mecanismos de protecção e assistência humanitária centrada na reparação da vítima deve ser, de acordo com Cançado Trindade, pensada dentro da tríade – “*vitimização - sofrimento humano - reabilitação das Vítimas*”³⁴⁸.

Esta nova ideia do Direito coloca a vítima no centro das relações internacionais. Assim, a filosofia subjacente a esta protecção devia ser alterada e com ela os instrumentos e os mecanismos, para responder cabalmente estes desafios impostos hoje ao Direito Internacional Humanitário.

O Direito Internacional Humanitário ao abrir espaço aos vários actores quanto a protecção e a assistência humanitária, em especial no tocante a promoção e protecção dos direitos das vítimas, abre espaço para a fragmentação dos instrumentos e dos mecanismos de protecção criados no âmbito do Direito Internacional Humanitário.

O Direito Internacional Humanitário é constituído por fontes convencionais e costumeiras. As fontes convencionais perfazem cerca de trinta instrumentos, entre Convenções, Tratado e Protocolos³⁴⁹.

³⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos..., op. cit., p. 435.

³⁴⁹ De entre estas fontes destaca-se as Convenções de Haia viradas para a protecção dos combatentes e as de Genebra viradas para os não combatentes, a saber: Quinze Convenções da Haia de 1899 e de 1907; A Convenção e Protocolo da Haia de 14 de Maio de 1954; os dois Protocolos Adicionais de 8 de Junho de 1977; o Protocolo de Genebra de 17 de Junho de 1925; as quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949; a Convenção das nações Unidas de 10 de Abril de 1981; O Tratado de Paris de 15 de Janeiro de 1993; a Convenção de Ottawa de 3 de Dezembro de 1997. <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/DIHDeyra.pdf>

A protecção do Direito Internacional Humanitário conta com as jurisdições penais nacionais dentro das suas obrigações de perseguir criminalmente os autores das infrações, obrigações emanadas das Convenções e dos Protocolos Internacionais do Direito Humanitário e, jurisdições internacionais (Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, os Tribunais Penais Internacionais ad hoc e recentemente o Tribunal Penal Internacional criado em 17 de Junho de 1998).

Portanto, se o direito à assistência humanitária visa em primeira instância o direito a vida e a inviolabilidade desta, ambas protegidas quer pelos Direitos Internacionais Humanos e Direito Internacional Humanitário, constituem por si obrigações *erga omnes* para todos os estados, quer beligerantes, infractores ou não.

Os Estados têm a obrigação *erga omnes* de intervir num outro Estados sem que isto constitua violação do princípio de não intervenção ou não ingerência, para fazer com que o Estado violador cumpra com as suas obrigações *erga omnes*³⁵⁰.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional tem a competência de julgar os crimes de genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, mesmo em conflito armado não internacional. Não obstante, a sua jurisdição é complementar as jurisdições nacionais quando estes demostram a falta de capacidade ou vontade de julgar o infractor.

O Direito Internacional Humanitário apesar de ter evoluído e consolidado os seus instrumentos normativos ao longo do tempo, tem sido criticado por não ter conseguido o mesmo desenvolvimento no tocante aos mecanismos jurisdicionais de protecção.

Quanto aos instrumentos normativos constata-se que o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário conseguiu ao longo do tempo a consolidação das suas fontes materiais, coerência e conservação do núcleo básico de princípios, tais como, o princípio de proporcionalidade, o princípio da distinção entre combatente e não combatente, proibição de armas químicas ou biológicas com efeitos nefastos ou venenosas e especialmente o princípio ou a cláusula Martens. Este último princípio

³⁵⁰ STOFFELS, Ruth Abril, *Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps*, in IRRC September 2004 Vol. 86 No 855, p. 10

remonta à Primeira Conferência de Paz da Haia de 1899 quando foi inserido na II Convenção da Haia de 1899³⁵¹.

Quanto aos mecanismos de jurisdição ficou-se aquém das expectativas da comunidade internacional ao se constatar, por exemplo, nas jurisdições do passado, os casos da jurisdição do Supremo Tribunal de Leipzig que mandou arquivar o processo do Imperador Guilherme II contra o estabelecido no Tratado de Versailles, em 1919, que previa levar o imperador ao Tribunal por atentado supremo contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados.

Depois da II guerra mundial vimos vários outros processos, tais como o de Nuremberga e o de Tóquio que ignorando os princípios da legalidade e das penas aplicaram o direito e a justiça dos vencedores sobre os vencidos.

Em 1949 a Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução n.º 260, de 9 de Dezembro, encarregou a Comissão de Direito Internacional para a criação de um órgão jurisdicional internacional para julgar os crimes humanitários.

Depois de muitos anos, o Tribunal Internacional Penal só se efectivou em 1998. Não obstante, o Conselho de Segurança das Nações Unidas face ao vazio jurisdicional penal internacional foi criando alguns Tribunais ad hoc para lidar com algumas violações graves.

Os Tribunais Ad Hoc embora tenham sido uma solução louvável para travar e persuadir a violência e a barbárie nalguns países, o Conselho de Segurança foi objecto de críticas pela comunidade internacional pelas suas decisões selectivas ou seja por não terem criado outros tribunais idênticos para tantos outros crimes macabros no mundo e sobretudo, por “*serem órgãos subsidiários ao Conselho de Segurança, estão por isso subordinados a acção do seu criador*”³⁵².

³⁵¹ Cfr., §9 do Preâmbulo da II Convenção da Haia de 1899.

³⁵² DEYRA, Michel (2001) Direito Internacional Humanitário, Tradução de Catarina de Albuquerque e Raquel Tavares, Ed. Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos, Procuradoria-Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, p. 154.

A criação do Tribunal Internacional Penal veio resolver o problema dos Tribunais estabelecidos *ad hoc* e as críticas sobre a imparcialidade do órgão que decide sobre a criação dos mesmos.

O Tribunal Penal Internacional ora constituído ficou aquém das expectativas, dada a sua jurisdição limitada que abrange só os Estados partes ao Tratado e só aos cidadãos infractores destes Estados.

A possibilidade do Tribunal Penal Internacional de atingir outros Estados e respectivos cidadãos através da queixa apresentada pelo Conselho de Segurança, não faz jus por ser uma forma de jurisdição indirecta e paliativa caindo dentro dos problemas de imparcialidade já descritos acima.

No âmbito de assistência humanitária constata-se, nas últimas décadas, um fenómeno de proliferação de organizações internacionais públicas, privadas e sociedade civil que operam nos países ou zonas afectadas pelos conflitos armados ou por calamidades naturais para salvar vidas e aliviar o sofrimento humano.

O Direito Internacional Humanitário constitui um *corpus juris*, regulando aparentemente quase todas as matérias relacionadas com o Direito Humanitário (acções de intervenção armada, de assistência humana, tais como, os estatutos dos combatentes, os objectivos militares, as armas utilizadas, os métodos de combate, a protecção dos feridos, doentes e naufrágios, o estatuto do prisioneiro de guerra, o regime do seu cativo, as garantias concedidas a população civil, a aplicação das sanções de violação dos direitos humanitários).

Na verdade, coexistem no mesmo espaço internacional humanitário uma diversidade de normas ou regulações, quer do Direito Internacional Humanitário Geral, quer não oficiais das organizações não-governamentais e outros actores privados muito distintos da Cruz Vermelha Internacional, esta com um estatuto singular no âmbito das Nações Unidas.

A comunidade internacional ao focalizar as atenções na assistência às vítimas e na responsabilidade da violação dos seus direitos fez com que o Direito Internacional

Humanitário, no seu poder legiferante, se desconcentrasse das suas fontes tradicionais, estatais e inter-estatais e, admitisse as fontes não estatais³⁵³.

O papel e o peso que as ONGs e a sociedade civil ocupam hoje na assistência humanitária são imensuráveis. Por causa da sua acção e o impacto ditou o seu reconhecimento pelas Nações Unidas, tendo sido conferido um estatuto consultivo e uma personalidade jurídica internacional própria³⁵⁴.

As ONGs e os privados têm assumido o papel de interlocutores indispensáveis nos trabalhos preparatórios das Convenções internacionais, por exemplo, como o foi aquando da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças de 1989.

Dentro do mesmo reconhecimento, o Conselho da Europa aprovou em 1986 a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Organizações Internacionais Não Governamentais³⁵⁵.

A coexistência de várias fontes e normas diversas no Direito Internacional Humanitário é vista como um potencial palco de controvérsias e clivagens normativas e jurisdicionais. Por exemplo, como lidar com o princípio ou critério da “*primazia da norma mais favorável*” consagrado pelos próprios Tratados dos Direitos Humanos e aplicável ao Direito Internacional Humanitário, quando coexistem normas oficiais, não oficiais e privadas autónomas?

Nos últimos tempos, algumas acções e intervenções contra Estados ou grupo armados dissidentes violadores dos Direitos Humanos, bem com a assistência humanitária pós-conflitos ou de calamidades naturais tem sido decididas e implementadas unilateralmente quer por Estados, quer pelas ONGs e agentes privadas sem a concertação ou autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Muitas destas acções e intervenções não são reguladas pelo direito oficial, mas sim por normas autónomas e jurisdições dos Estados intervenientes. Coloca-se aqui o

³⁵³ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos..., op. cit., p. 446.

³⁵⁴ Cfr., Resolução 1996/31, de 1996, do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, ao abrigo do artigo 71 da Carta das Nações Unidas.

³⁵⁵ Cfr., Os elementos constitutivos das ONGs e a sua personalidade jurídica nos artigos 1 e 2 da Convenção Europeia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Organizações Internacionais Não Governamentais, adoptada em Estrasburgo, no dia 24 de Abril de 1986.

problema de concorrência entre o Direito e a jurisdição internacional do Direito Internacional e Humanitário e as jurisdições dos Estados intervenientes.

Embora tenha sido consagrado o princípio de complementaridade entre as jurisdições internacionais e nacionais, coloca-se o problema de imparcialidade, assim como do princípio da legalidade e das penas quando se aplica o direito e a justiça do Estado interveniente ou seja dos vencedores sobre os vencidos.

O desafio imposto pelo fenómeno do terrorismo, crime organizado e o fundamentalismo religioso ou ideológico criou uma desconcentração centralizada de acções e instrumentos de intervenção e assistência às vítimas que extravasam os modelos tradicionais de prevenção, protecção e assistência consagrados internacionalmente. Por exemplo, nos últimos tempos, o Continente africano está a braços com um grupo ou movimento terrorista designado por *Boko Haram* – de obediência ao fundamentalismo islâmico - que é considerado uma grande ameaça à paz em África.

Esta tendência confirma-se perante a crueldade, a desestabilização e o luto que tem criado nos países africanos e, atendendo os tipos de atentados e violências protagonizados contra cidadãos inocentes.

A acção deste grupo fundamentalista não só constitui uma ameaça a paz mais uma catástrofe humanitária que a comunidade internacional já admitiu a necessidade da intervenção de uma força internacional mandatada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Portanto, enquanto se espera pela Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, acções imediatas e independentes, quer dos Estados, quer dos privados não se fizeram esperar, constatando-se hoje no terreno as intervenções de forças militares de alguns Estados vizinhos e forças militares privadas e especializadas contra-insurreição e combate a guerrilhas, como por exemplo a “*Executive outcomes*”³⁵⁶.

³⁵⁶ Africa Monitor – *Intelligence Newsletter* de Informação Estratégica, 05 de Abril de 2015. In <http://www.africamonitor.net/pt/seguran%C3%A7a-defesa/nigeria-executive-outcomes015/>.

O recrudescimento do terrorismo na sociedade global ditou uma nova forma de relações internacionais entre os sujeitos do Direito Internacional no tocante a protecção e a assistência humanitária às vítimas.

Os ataques protagonizados por vários grupos separatistas ao longo das últimas décadas e em especial os atentados liderados pela Al Qaeda que protagonizaram o ataque de 11 de Setembro de 2001, criou uma nova figura do inimigo dentro do Direito Internacional Humanitário.

A definição do inimigo dentro do Direito Internacional Humanitário descaracterizou-se e deixou de ostentar um rosto visível, ou seja, já não são os Estados e os seus ditadores, forças beligerantes ou grupos de rebeliões internos dentro dos Estados, com quem se possa negociar, dialogar, sancionar ou reprimir.

Dentro desta descaracterização do inimigo, a vítima despersonaliza-se³⁵⁷. Os atentados não visam um determinado grupo ou pessoas identificadas dentro de um espaço concreto e com quem se está irado.

As verdadeiras vítimas não são as pessoas, grupos ou comunidades dizimadas, estas são usadas como meios ou símbolos de reivindicação contra uma certa ideologia, crença religiosa ou qualquer outro tipo de fundamentalismo.

O inimigo do Direito Internacional Humanitário dentro desta nova conjuntura globalizou-se e os Estados deixaram de ostentar o seu poderio militar face aos outros Estados. Estes, cooperando, transformaram-se numa única força diluída e virada para um único inimigo comum, em defesa de todos os sujeitos do Direito Internacional global.

O recrudescer do terrorismo e os seus novos *modus operandi* na sociedade global, potenciados pelas novas tecnologias, ditou uma nova ideia do Direito Humanitário cuja ideia ou preocupação é a protecção do colectivo – a comunidade internacional – garantindo os direitos e garantias individuais.

A crise humanitária vivida na sociedade global caracterizada por novos riscos de estabilidade mundial, tais como, a pobreza absoluta, pandemias, armas multiformes,

³⁵⁷ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade, Brasília, UniCEUB, p. 57

terrorismo, criminalidade transfronteiriço, sismos³⁵⁸ e outras, urge identificar uma nova forma de protecção e assistência e, consequentemente uma nova ordem jurídica internacional para lidar com estes fenómenos degradantes e calamitosos.

³⁵⁸ Dos sismos nos últimos anos, quase que se perde contas, todavia pode ilustrar-se a catástrofe vivida nos últimos anos com pelo menos dois que a memória não pode esquecer, por exemplo: o terremoto submarino designado por *Sumatra-Anduman*, no Oceano Índico, com magnitude de 9,15 na escala Richter, com a duração de 10 minutos, gerou um *tsunami*, tendo causado a morte de 200.000 a 310.000 pessoas. O sismo mais recente, em Nepal, no dia 25 de Abril de 2015, com magnitude de 7,8 na escala de Richter, tendo registado mais de 8.000 mortos, cerca de 17.500 feridos e mais de 3.000 de deslocados, numa população de cerca de 28 milhões de habitantes (Fonte: Jornal Noticias n.º 29.411, Segunda-feira, 4 de maio de 2015, in www.jornalnoticias.co.mz)

4.4. Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Global

O movimento migratório de pessoas e animais é coevo a própria existência dos seres vivos. Este foi caracterizado pela deslocação ou migração destes seres de um espaço para o outro, quer em busca de condições favoráveis para a sobrevivência, quer em fuga de atrocidades e do mau estar.

A evolução do ser humano ditou novas formas de organização social que permitiu a auto-determinação dos grupos e povos e mais tarde a emergência dos Estados/nações.

Com o Estado/nação deu-se a circunscrição do poder dentro de um espaço delimitado que se designou por território.

Esta realidade ditou o direito à admissão de cidadãos ao seu próprio Estado ou ao Estado de quem não é natural ou não originário. Para este efeito desenvolveu-se no ordenamento jurídico interno de cada Estado regras ou normas que disciplinam estes movimentos migratórios – saídas e entradas – de estrangeiros ou nacionais desejáveis ou indesejáveis.

O desenvolvimento das relações humanas dentro dos territórios nem sempre foi pacífico e as vezes a própria natureza debelou-se contra a humanidade ditando assim catástrofes naturais ou humanas.

Esta realidade quando ocorre nos territórios cria sempre situações de emergência fazendo com que alguns cidadãos ou grupo de cidadãos estejam afectados e os seus Direitos Humanos e fundamentais recusados.

Estas situações aflitivas ditaram que a comunidade internacional acolhesse nos seus territórios cidadãos saídos dos seus territórios de origem dentro do princípio de humanidade e solidariedade.

Este fenómeno ditou o surgimento dos refugiados, migrantes ou pessoas deslocadas e os apátridas³⁵⁹.

³⁵⁹ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 579.

No âmbito das relações internacionais, o Direito de acolhimento ou de entrada de cidadãos estrangeiros em situação de aflição constituía matéria de regulação interna dos Estados, assim como de retirada forçada dos cidadãos nos seus próprios Estados de origem.

A evolução do Direito Internacional e o desenvolvimento do fenómeno de migração, em parte motivada pelas guerras mundiais ou perseguições ideológicas, políticas, religiosas e étnicas, ditaram acordos ou instrumentos bilaterais assim com multilaterais para regular o fenómeno.

A comunidade internacional no âmbito do direito das gentes adoptou vários instrumentos, de entre outras, e por economia de tempo, podemos destacar os primeiros depois das guerras mundiais, a saber: a Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951; a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954.

Estes instrumentos foram precedidos pela criação do Alto Comissariado, depois da 1ª Guerra Mundial, para os refugiados russos, em 1921, através do Conselho das Sociedades das Nações. O mesmo Comissariado também cuidou dos refugiados do Oriente Próximo, em 1928 e dos refugiados alemães, em 1933³⁶⁰.

As atrocidades vividas ao longo das guerras não só dizimaram milhões e milhares de cidadãos, mas sobretudo criaram outros tantos milhões de milhares de refugiados, pessoas e povos deslocadas, vítimas de perseguição e do terror das armas.

Estas e outras catástrofes, tais como as calamidades naturais, fizeram com que a comunidade internacional agisse prontamente, com a criação de organizações internacionais governamentais³⁶¹ e não-governamentais, instituições privadas e os da sociedade civil.

³⁶⁰ Ibidem, 582.

³⁶¹ De entre várias Organizações Governamentais podemos destacar por exemplo: United Nations Relief and Rehabilitation Agency (UNRRA) criada em 1943 para ocupar-se de pessoas deportadas durante as hostilidades; o Alto Comissariado para os Refugiados de 1921; o Comité Intergovernamental para os Refugiados (CIR) em 1938; a Organização Internacional dos Refugiados (OIR), criada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1946; o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) criado pelas Nações Unidas, em 1952, em substituição da CIR. Vide, detalhes em CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., pp. 582 – 589.

O problema dos refugiados, pessoas deslocadas e apátridas constitui matéria ou objecto de protecção quer dos Direitos Internacionais Humanos quer dos Direitos Internacionais Humanitários.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Relativo aos Direitos Civis e Políticos, dispõem ambos, o primeiro no n.º2, artigo 13º e o segundo no n.º 2 e 4, do artigo 12º, que “*todas as pessoas tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar*”.

Dentro da mesma perspectiva de protecção de vítimas de perseguição, cujas vidas ou liberdades se encontram ameaçadas em razão da sua raça, religião ou opiniões políticas, a comunidade internacional concentrou as suas atenções no problema dos refugiados e na regulação do instituto do asilo.

Desde então, vários instrumentos internacionais, regionais e transnacionais foram criados para lidar com este fenómeno humanitário.

O problema internacional sobre os refugiados e o asilo, dada a sua importância para a paz e segurança no mundo, constitui matéria de protecção consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando este instrumento dispõe no n.º 1, do artigo 14, que “*toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países*”.

A promoção e protecção dos direitos dos refugiados e deslocados de guerra ou de calamidades naturais, dada a sua magnitude no mundo, ao mobilizar a sensibilidade da comunidade internacional, multiplicaram os actores internacionais e diversificou os instrumentos de protecção e de ajuda humanitária.

A diversificação de instrumentos de protecção internacional dos refugiados foi acompanhada com a alocação de fundos para lidar com o fenómeno. Não obstante, esta entrega da comunidade internacional ao alívio e apoio aos refugiados nem sempre teve bons resultados³⁶².

³⁶² CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 589.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) foi criado com o intuito de coordenar e cooperar com os diversos actores internacionais e regionais para reverter a situação no terreno.

O ACNUR na qualidade de Agência das Nações Unidas entende unificar os esforços, quer quanto a componente normativa, quer a componente interventiva, assim como a reflexão sobre as causas da ineficácia das acções empreendidas para a solução do problema.

A acção do ACNUR concentra-se mais na componente de asilo (a integração dos refugiados em novas comunidades nacionais) e o repatriamento voluntário dos refugiados como solução permanente³⁶³. Para esta solução que é permanente, almejada pela ACNUR ou seja pela comunidade internacional, a abertura e a cooperação dos Estados afigura-se primordial para a garantia e a efectivação desta acção humanitária.

A abertura dos Estados quanto ao acolhimento, asilo e repatriamento voluntário dos refugiados e deslocados tem sido ampla e de louvar, com quanto o apoio incondicional da sociedade civil, instituições e organizações privadas.

Apesar do esforço internacional para a solução do problema, quando se pensava que a situação no terreno iria recrudescer com o fim das guerras mundiais e a guerra fria, reportamos desde os anos setenta, as situações do Camboja, Vietnami, Angola, Moçambique, Uganda, Tchad, Líbano, Jugoslávia, Ruanda, Serra Leoa ou dos Grandes Lagos, Líbia e outros países, como preocupante e assombradora.

Portanto, embora o Direito Internacional dos Refugiados tenha alargado e diversificado os seus instrumentos normativos a nível internacional³⁶⁴ e regional³⁶⁵, a situação está longe do controlo do ACNUR e da comunidade internacional em geral.

³⁶³ Cfr., artigo 1º do Estatuto do ACNUR que dispõe: “...encontrar soluções permanentes ao problema dos refugiados...facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua assimilação em novas comunidades nacionais”.

³⁶⁴ A Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados, de 1951; o Protocolo de Nova Iorque sobre os Estatutos dos Refugiados, de 1967; o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos de 1966 que entrou em vigor só em 1975; a Declaração sobre o Asilo Territorial, adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1967.

³⁶⁵ Na Europa - o Protocolo n.º4, de 1963, à Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, o Acordo Relativo à Supressão de Vistos para os Refugiados de 1980; o Acordo de Schengen, de 1985; a Convenção de Dublin, de 1990; a Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 1990. Em África - a Convenção da

4.4.1. Os Desafios dos Movimentos Migratórios e o Direito Internacional Global

O investimento feito em recursos humanos, materiais e financeiros pela comunidade internacional, desde a primeira guerra mundial, para responder os grandes problemas humanitários e em especial o dos refugiados e dos movimentos migratórios em geral foram e continuaram a ser imprescindível e primordial quanto ao alívio do sofrimento humano.

A comunidade internacional apesar destes feitos continua a procura de uma solução para estas crises humanas e naturais - a remoção das causas e raízes do fenómeno migratório.

Os instrumentos ora criados e desenvolvidos para lidar com este fenómeno, embora adequados, não conseguiram reverter o fenómeno.

O ACNUR criado em 1952 com uma ampla responsabilidade para responder os desafios que a situação dos refugiados coloca à consciência humana, esta não se limitou a minorar o sofrimento humano, mas na coordenação dos esforços paralelos e a procura de causas subjacentes a este fenómeno recorrente e cada vez mais crescente.

O fenómeno da globalização hegemónica ditou uma nova relação dentro da comunidade internacional que levou a globalização económica, política e social.

Esta nova realidade ditou a diversificação dos actores internacionais e regionais na prevenção e protecção dos movimentos migratórios³⁶⁶.

Organização da Unidade Africana que rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, de 1969. Na América – Convenção de Caracas de 1954; a Convenção de Havana, de 1928; a Convenção de Montevidéu, de 1933; Declaração de Cartagena de 1984.

³⁶⁶ De entre vários actores internacionais ou organizações, podemos indicar United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) ou seja em Português Agência das Nações Unidas para Socorro e Trabalho para os Refugiados da Palestina no Oriente Próximo; United Nations Disaster Relief Organization (UNDRO), em 1971 ou seja Organização das Nações Unidas para Socorro em Caso de Catástrofe; UN – Emergency Relief Coordinator (ERC) que conta com os seguintes instrumentos e mecanismos de coordenação: Inter-Agency Standing Committee (IASC), Consolidated Appeals Process (CAP) e Central Emergency Revolving Fund (CERF); Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA). Um grupo de Agências das Nações Unidas que actuam pontualmente nas actividades da ACNUR: Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV) Organização Internacional para a Migração (OIM), em 1987; o Programa Alimentar Mundial (PAM) em 1963; o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial Para a Saúde (OMS), Organização das nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura

O Direito Internacional dos Refugiados foi edificado dentro dos princípios e das relações internacionais entre os Estados, no âmbito do Direito Internacional Público ou Geral. Este teve o epicentro depois da Segunda Guerra Mundial, com a adopção da Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados, de 1951.

O desenvolvimento e a efectivação destes direitos dependem da cooperação e boa vontade dos Estados quanto a promoção e protecção dos refugiados ou deslocados. Na essência, o desenvolvimento deste Direito passa pela capacidade da comunidade internacional na mobilização dos Estados para a adopção e transposição das Convenções para os seus ordenamentos jurídicos internos.

A nova ordem jurídica internacional, no âmbito dos Direitos Humanos e Humanitários, ao conferir ao cidadão a personalidade jurídica internacional – sujeito do Direito Internacional - faz deste, sujeito de direitos e de deveres a nível nacional e internacional.

Esta nova ordem jurídica internacional coloca desafios aos ordenamentos jurídicos internos e ao Direito Internacional. Assim, o Direito Internacional dos Refugiados cria novas relações jurídicas internacionais para com os Estados – verticais – caracterizando-se como relações entre os indivíduos no interior dos Estados e da sociedade internacional.

Esta nova relação jurídica confere ao sistema internacional de protecção dos refugiados, pessoas deslocadas e apátridas, o estatuto de complementaridade face aos sistemas regionais e nacionais. Na essência, estes últimos são os espaços onde os cidadãos vivem e onde os direitos e deveres se efectivam.

Esta abertura imposta pela nova ordem jurídica internacional surge como um desafio para as soberanias dos Estados quanto ao poder discricionário que detinham para com os refugiados, pessoas deslocadas e apátridas.

Dentro desta nova ordem jurídica, o refugiado como cidadão e sujeito do Direito Internacional é detentor de uma personalidade jurídica, podendo junto das jurisdições

(FAO), Fundo Internacional para o Desenvolvimento Agrícola (FIDA). *Ad Hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons* – Comité Ad Hoc sobre os Aspectos Jurídicos do Asilo Territorial dos Refugiados e Apátridas (CAHAR). Vide, CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 606 e ss.

nacionais, regionais e internacionais interpor em defesa dos seus direitos. Por exemplo, dentro desta prerrogativa, coloca-se um desafio quanto a concepção do estatuto do refugiado que passa a ser estabelecido dentro do carácter social e humanitário ou seja o legislador descarta *a priori* que este possa ser interpretado como político³⁶⁷.

A Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951, estabelece dois princípios básicos e fundamentais quanto a protecção dos direitos dos refugiados, a saber: o princípio de não discriminação³⁶⁸ e o de *non-refoulement*³⁶⁹. Estes dois princípios colocam os Estados partes dentro de uma obrigação *erga omnes* de protecção cujo incumprimento torna-se oponível pelos cidadãos.

O reconhecimento do estatuto de refugiado não depende da discricionariedade do Estado acolhedor mas sim dos requisitos estabelecidos na Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951 e de outros instrumentos internacionais e regionais.

O reconhecimento do estatuto de refugiado não se dá constitutivamente visto depender da observância dos requisitos ou seja é conferido declarativamente.

Portanto, os cidadãos candidatos ao estatuto de refugiados, dentro do princípio de não discriminação e *non-refoulement*, têm o direito de não ser impedidos de requerer o estatuto, assim como o de não ser expulsos ou seja não podem ser devolvidos compulsoriamente ao país de origem ou para qualquer outro onde a perseguição possa ocorrer.

Estes princípios que criam obrigações aos Estados ditaram, por exemplo, que a União Europeia adoptasse uma Convenção em 1990, de Dublin, relativa à determinação do Estado responsável para apreciar o pedido do estatuto do refugiado ou seja do asilo.

Não obstante, nestes últimos anos, a comunidade internacional está a braços com uma crise migratória internacional, especificamente no Mediterrâneo.

De acordo com a Organização Internacional da Migração, no primeiro semestre de 2015 chegaram à Europa mais de 103.000 imigrantes e refugiados oriundos da África e

³⁶⁷ Cf., § 5º do Preâmbulo da Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951.

³⁶⁸ Cfr., artigo 3º da Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951.

³⁶⁹ Cfr., artigo 33º da Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951

do Médio Oriente³⁷⁰. Estes números de entradas comparados com os números de 2014, no mesmo período, superam por muito a estes³⁷¹.

Esta crise faz com que os dois Estados membros da União Europeia, Itália e Grécia estejam saturados e sem capacidades para receber mais refugiados.

Esta saturação, por exemplo, levou a que três regiões do norte da Itália (Ligúria, Lombardia e Véneto) se recusassem a acolher mais imigrantes.

Portanto, face a esta crise migratória e a incapacidade dos Estados a lidar com este fenómeno, medidas urgentes devem ser tomadas.

Estas medidas, de acordo com a crise, podem passar por restringir a entrada dos emigrantes, colocando em causa o princípio de *non-refoulement*.

Um dos desafios a braços com o sistema internacional de protecção dos refugiados, pessoas deslocadas e apátridas face a estas crises sucessivas é a desregulação do Direito Internacional dos Refugiados.

Na realidade, o sistema internacional de protecção dos refugiados, embora coordenado pelo ACNUR, descentalizou-se criando sub-sistemas (Europeu, Africano e Americano) e outras Organizações Internacionais que operam no âmbito do Direito dos Refugiados.

Estes sub-sistemas e Organizações Internacionais, embora coordenadas pelo ACNUR, dispõem de instrumentos normativos e jurisdições próprios.

Esta multiplicação de instrumentos normativos, no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, tem sido apontada como um desafio no desenvolvimento do direito internacional geral, quanto a sua coexistência na observância dos princípios básicos dentro dos direitos humanos e humanitários universalmente consagrados.

³⁷⁰ De acordo com a Organização Internacional de Migração no mesmo período cerca de 1.800, entre homens, mulheres e crianças, estão desaparecidos ou morrerem no Mediterrâneo. Por outro lado, o Centro de Inteligência e Análise de Risco do Comissariado Geral Exterior da Polícia Espanhola, divulgou no dia 9 de Junho de 2015 que cerca de 1.2 milhões de Imigrantes de diferentes nacionalidades aguardam na Líbia uma oportunidade para entrarem na Europa através do Mediterrâneo. in <http://www.iom.int/world-migration>. Acedido no dia 19.06.15.

³⁷¹ Vide os dados sobre a crise migratória no mediterrâneo na página da OIM, in <http://www.iom.int/world-migration>.

A margem da migração tradicional (refugiados, pessoas deslocadas e apátridas), a globalização hegemónica fez emergir novas formas de migração na sociedade global, tais como, para citar algumas: a migração económica (corporações ou redes transnacionais, executivos empresariais ou organizações económicas não governamentais e privadas), imigração clandestina organizada, fluxos migratórios mistos (emigrantes ilegais ou em situação irregular, trabalhadores migrantes, redes de traficantes de drogas ou de pessoas, redes religiosas, redes de organizações fundamentalistas e outras).

Anabela Miranda Rodrigues aponta para uma outra vertente de fluxo migratório relacionado com o aumento considerável do número de mulheres e crianças objecto de tráfico para a Europa. A autora mostra a gravidade do problema e entende que este fenómeno deve ser tratado através da cadeia de tráfico. Para o efeito, urge uma grande variedade de medidas para assegurar protecção, apoio e assistência adequada às vítimas. Por outro lado, tratando-se de situações de vulnerabilidade, o problema deve ser atacado pelo ângulo da promoção da igualdade entre homens e mulheres³⁷².

Este novo modelo de migração é hoje apontado como o impulsionador dos grandes problemas na sociedade global, tais como: sócio-económicos, intolerância e xenofobia, terrorismo, criminalidade transnacional, insegurança generalizada e outros.

A sociedade global perante os constrangimentos que o fenómeno massivo de fluxos migratórios mistos cria na segurança nacional e internacional dos cidadãos, tem desenvolvido novas estratégias de controlo e de procedimentos transnacionais.

Esta realidade tem ditado a emergência de novas instituições de controlo quer de ilícitos transnacionais e quer dos movimentos migratórios.

A União Europeia para responder às exigências do controle transnacional criou o Grupo TREVI (Terrorismo, Radicalismo, Extremismo, Violência Internacional) em 1975, a OIPC (Organização Internacional de Polícia Criminal), a Interpol e a Europol, para

³⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda, A União Europeia e a Luta Contra o Tráfico de Seres Humanos e a Exploração Sexual de Crianças, in RODRIGUES, Anabela Miranda, et al (2005) Direitos Humanos das Mulheres, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 4, Coimbra Editora, p. 35.

prevenir e reprimir o crime transnacional (o terrorismo, o tráfico de drogas e todas as manifestações da grande criminalidade) e a imigração clandestina organizada³⁷³.

De entre outras instituições de controlo a EU conta hoje com a Frontex, uma agência europeia responsável pelas fronteiras exteriores do espaço Schengen.

No outro continente, os Estados Unidos da América, no desenvolvimento das novas estratégias transnacionais de controlo criminal aprovou em 2001, através do Congresso, *Patriotic Act*, um pacote legislativo anti-terrorista de emergência que contém medidas repressivas que vão desde a detenção de suspeitos sem culpa formada, as prisões arbitrárias e as interpelações desumanas e humilhantes aos emigrantes³⁷⁴.

Este novo fenómeno de criminalidade transnacional e de fluxo migratório misto desenvolveu novas relações entre os sujeitos do Direito Internacional e ditou um pluralismo super-estatal normativo e de controlo nos vários espaços jurídicos regionais.

Aquando da criação do espaço Schengen alguns Estados membros da União Europeia ficaram de fora, tais como, a Dinamarca, a Irlanda e a Inglaterra, alegando problemas relacionados com a imigração, terrorismo e droga³⁷⁵. Não obstante, dentro do espaço Schengen houve manifestações de discórdia sobre o direito do asilo.

O sistema normativo ou de regulação do instituto dos refugiados ou seja do asilo da União Europeia - o acordo Schengen - não uniformizou as políticas nacionais. Este, pelo contrário, criou um sistema robusto de informação Schengen e estabeleceu as regras e procedimentos gerais, tais como; tipos de vistos; condições de circulação dos estrangeiros; responsabilidade pelo tratamento de pedidos de vistos; polícia e segurança; extradições e outras³⁷⁶.

³⁷³ ARNAUD, André-Jean e CAPELLER, Wanda, A Força do Estado em Face da Globalização, in SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim, (Org.) Sociologia e Direito, Thomson Lerner, p. 243.

³⁷⁴ Vide, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001, in <https://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>, Acedido no dia 21 de Junho de 2015.

³⁷⁵ ARNAUD, André-Jean e CAPELLER, Wanda, A Força do Estado em Face da Globalização, op. cit., p. 244.

³⁷⁶ Cfr, os Títulos estabelecidos na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985.

Aquando da Convenção de Schengen a República Francesa, assente nos valores republicanos e enraizados na sua cultura, divergiu quanto aos princípios do Sistema Schengen porque para aquela o direito de asilo é um direito sagrado. Por exemplo, aquando da reforma da legislação sobre migração, os cidadãos franceses indignaram-se e foram contra o projecto de lei Pasqua de 1993. Não obstante, estes continuaram com a lei anti-asilo e a criminalizar a imigração.

Os responsáveis administrativos continuaram a ostentar o poder discricionário quanto ao pedido, exame e decisão sobre os pedidos de vistos ou asilos que de acordo com a Convenção de Schengen seriam pertença de um outro Estado³⁷⁷.

Esta prerrogativa ou poder discricionário só encontrou termo com a revisão da Constituição que passou a integrar as duas Convenções de Schengen e de Dublin, esta última assinada em 14 de Junho de 1990³⁷⁸.

Um outro exemplo é o vivido pelos alemães, quando confrontados com os novos instrumentos normativos e de controlo reagiram de igual modo, a semelhança dos franceses, contra as duas Convenções porque interferiam com o seu direito de asilo. Esta viria a conformar-se através da revisão da Constituição em 1993.

Portanto, estes exemplos são sinais claros de pluralismo jurídico dentro do Direito Internacional Regional dos Refugiados e que apesar dos princípios básicos sobre os procedimentos estabelecidos pela Convenção de Schengen e de Dublin os Estados membros ainda detêm o poder e monopólio sobre o direito de asilo.

Um outro desafio que o Direito Internacional dos Refugiados enfrenta está relacionado com os sub-sistemas regionais e nalguns casos com os Direitos Estaduais que vislumbram o sinal de desregulação comparativamente com o que se tinha construído antes destas crises económicas e humanitárias.

De facto, antes das crises, a sociedade internacional tinha conseguido mobilizar os esforços para o mesmo sentido e dentro dos mesmos pressupostos estabelecidos através dos instrumentos internacionais de protecção dos Direitos dos Refugiados.

³⁷⁷ ARNAUD, André-Jean e CAPELLER, Wanda, A Força do Estado em Face da Globalização, op. cit., p. 245.

³⁷⁸ Ibidem., p. 245.

As crises políticas, económicas e sociais que a sociedade global atravessa cuja causa é atribuída, em parte, à globalização hegemónica que arrastou os Estados ao descentramento e a uma debilidade no controlo de capitais e bens a favor das corporações e transnacionais económicas.

Esta realidade ditou a incapacidade destes para velar pelo bem-estar dos seus cidadãos e em especial pelas camadas sociais mais desprotegidas.

Portanto, a sociedade global movida pela lógica do mercado, onde os fluxos de capitais são movidos pelo princípio de lucros fáceis e imediatos, gerou nos diversos Estados em desenvolvimento grupos vulneráveis ou seja empobrecimento dos estratos mais baixos e a exclusão das minorias e grupos dissidentes³⁷⁹.

Por outro lado, descentrada a força do Estado abriu-se um vazio político propício de um Estado em crise e com consequências graves, tais como a anarquia e as guerras ininterruptas.

Esta situação tem sido um autêntico viveiro na formação de fluxos migratórios mistos que compreendem trabalhadores migrantes clandestinos ou ilegais, refugiados, deslocados, traficantes e outros.

O fluxo migratório misto impulsionado pela globalização hegemónica tem sido apontado como um dos grandes desafios da sociedade global.

Contra este fenómeno, os países que conheceram uma estabilidade económica, criaram novas estratégias de controlo e sistemas de segurança transnacionais para lidar com o fluxo migratório e os seus malefícios.

Estes países ao procederem estrategicamente desta maneira, involuntariamente, acabam por negar os direitos daqueles cidadãos necessitados ou perseguidos que, ao abrigo do Direito Internacional dos Refugiados, são elegíveis a este estatuto ou ao direito de asilo.

³⁷⁹ OGATA, SadaKo, “*Los retos de la protección a los Refugiados*” (Conferencia en la Universidad de la Habana, Cuba, 11 de Mayo del 2000) Statements by High Commissioner, p.6.

Os malefícios da globalização económica não só impulsionaram o fluxo migratório misto. Este fenómeno criou a instabilidade social e económica nas camadas assalariadas e desempregados dos países desenvolvidos.

A imigração ou seja os refugiados deixam de ser vistos dentro da concepção e do ideal humanitário internacional, passando a ser conotados como pessoas desestabilizadoras da sociedade e do bem-estar, quer quanto a segurança das comunidades, quer quanto as oportunidades de emprego, assim como a distribuição da renda.

Este fenómeno fez emergir nestas sociedades a desconfiança, o medo, a intolerância, a xenofobia, o nacionalismo e a rejeição dos migrantes.

O fluxo migratório como um dos maiores desafios da comunidade internacional, nos dias de hoje, dificilmente pode encontrar soluções com estratégias de segurança e controlo protagonizadas por algumas potências económicas.

Por outro lado, provou-se que a acção humanitária de grande magnitude que tem sido protagonizada pela comunidade internacional sob a coordenação do ACNUR, ao longo destas décadas, na promoção e protecção dos direitos dos refugiados e pessoas deslocadas foi e continua a ser de inestimável valor quanto ao alívio do sofrimento humano e no respeito à dignidade humana.

A experiência destas décadas demonstrou claramente que o problema da migração não se resolve com as acções humanitárias nem que estas sejam de tamanha magnitude.

Sadako Ogata³⁸⁰ tem sido contundente ao afirmar que a acção humanitária por si só não pode resolver o problema da migração³⁸¹. As causas deste fenómeno são conjunturais e de ordem social, económico e político. Assim identificadas as causas, os mecanismos da sua solução ou remoção passam necessariamente por uma acção social, económica e política da sociedade global.

³⁸⁰ Sadako Ogata foi a Alta Comissária das Nações Unidas para os Refugiários.

³⁸¹ OGATA, SadaKo, “*Los retos de la protección a los Refugiados*”, op.cit. p. 3. Dentro da mesma insistência veja no “Challenges og Refugee Protection” – Lecture by Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees, at Stanford University, Polo Alto, California, 15 March 1999.

Portanto, as estratégias de segurança e controlo que têm sido adoptadas nos vários países para travar o fluxo de migração não estão a resolver o problema.

A experiência vivida hoje na União Europeia demonstrou a ineficácia de qualquer sistema de controlo e segurança que se funda na política de combate aos migrantes como forma de protecção da “invasão dos bárbaros” do Mediterrâneo e do Médio Oriente.

A verdadeira protecção deve partir nos próprios países de origem onde se produzem estes movimentos de migrantes.

A globalização hegemónica apontada como uma das impulsionadoras do descentramento dos Estados, embora positiva na mobilização e no fluxo de capitais, deve proteger os grupos sociais vulneráveis, marginalizados e desprovidos do básico para a sua sobrevivência.

Do mesmo modo que a globalização hegemónica se preocupa pelo fluxo de capitais e lucro fácil, deveria de igual modo se preocupar com os efeitos que estas políticas causam na sociedade.

O problema do fluxo da migração devia ser atacado dentro de duas vertentes opostas, a saber: primeiro, como se avançou atrás, a partir da fonte originária onde o fenómeno se produz, através de políticas e programas concretos que possam resolver os conflitos, olhando para as necessidades humanas, assim como a reconstrução social e económica das camadas ou grupos dissidentes inclusivas; segundo, a globalização nos países destinatários dos migrantes, devia criar capacidade técnica e administrativa de gestão e assistência aos migrantes. Esta capacidade passa pelo reconhecimento destes como sujeitos de direitos e deveres³⁸².

³⁸² Ibidem., p.6.

4.5. Direito Internacional do Desenvolvimento e a Ordem Jurídica Global

O conceito de desenvolvimento em toda a sua plenitude foi uma criação pós segunda guerra mundial.

A Carta das Nações Unidas não faz menção explícita do termo desenvolvimento³⁸³.

O termo desenvolvimento foi adoptado no âmbito do Direito Internacional pelo Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento, integrado no grupo Banco Mundial. Não obstante, embora empregue nos instrumentos do Banco Mundial, para designar o progresso económico dos países devastados pelas guerras, este termo requeria uma definição.

Este termo conseguiu uma melhor delimitação a partir das independências das antigas colónias, nos anos sessenta, dentro de várias designações, tais como: *ajuda ou assistência ao desenvolvimento, direito do desenvolvimento e direito ao desenvolvimento*³⁸⁴.

Para uma melhor aproximação do termo desenvolvimento, Jean Toussez atribuiu-lhe dois sentidos: i) restritivo – “*crescimento quantitativo e optimização da organização económica*”; ii) extensivo – “*desenvolvimento do potencial humano por uma melhoria da qualidade de vida num ambiente social pacífico e justo*”³⁸⁵.

O Direito Internacional do Desenvolvimento emerge, por um lado, como uma das reivindicações dentro das independências dos Estados colonizados, as ex-potências colonizadoras e a comunidade internacional.

Na verdade, enquanto um povo não alcança a sua independência económica – desenvolvimento - para todos os efeitos é como se não tivesse alcançado a sua liberdade ou a independência no sentido rigoroso do termo.

³⁸³ A Carta das Nações Unidas, só faz referência, no seu preâmbulo, o progresso económico e social de todos os povos.

³⁸⁴ TOUSCOZ, Jean (1993) Direito Internacional, Publicações Europa-América, p.272.

³⁸⁵ Ibidem, p.274.

A soberania de um Estado ou povo não se estabelece só com a independência territorial, política e cultural. Quando isto não se efectiva, este Estado ou povo continuará dependente económica, política e culturalmente. Por outro lado, a comunidade internacional no esforço da manutenção da paz e do bem-estar encontra no subdesenvolvimento um obstáculo e ameaça à prosperidade das economias desenvolvidas.

A melhoria da qualidade de vida ou o usufruto do desenvolvimento dentro de um Estado só se efectiva plenamente quando os outros Estados partilham a mesma prosperidade.

A ajuda ou assistência ao desenvolvimento não é só uma exigência ética ou de solidariedade, mas também e sobretudo, uma exigência económica e funcional, por se reconhecer que um país rico jamais viveria em paz se o vizinho ao lado, vive abaixo da linha da pobreza. Um dos exemplos que atesta esta realidade é o fenómeno da migração sem precedente que assola a Europa nos últimos anos.

Os países subdesenvolvidos e ou emergentes das independências ou devastados pelas guerras, ao sentirem a preocupação e o esforço da comunidade internacional na ajuda ou assistência ao desenvolvimento, responderam com algumas iniciativas em prol e defesa das suas economias e do desenvolvimento.

Foi dentro deste espírito ou iniciativa que em 1955, na Conferência de Bandung, estes Estados uniram-se com o objectivo de estarem representados e em defesa dos seus interesses económicos nas organizações internacionais.

Esta união levou a que em 1961 os Estados fundassem o movimento dos não-alinhados e posteriormente em 1962 e 1964, na Conferência de Cairo criassem o Grupo dos 77, cujo objectivo era a defesa³⁸⁶ e promoção do direito ao desenvolvimento ao nível dos países emergentes.

A posição tomada pelos países em desenvolvimento e em especial os não-alinhados quanto a defesa e promoção do direito ao desenvolvimento perante a

³⁸⁶ Trata-se da defesa quanto as trocas e comércio de certos produtos a nível internacional, as ajudas financeiras e as assistências técnicas internacionais, vide para este efeito, TOUSCOZ, Jean (1993) Direito Internacional, Publicações Europa-América, p.272

comunidade internacional pode ser equacionada dentro de uma dupla estratégia: por um lado, surge como o distanciamento à Guerra-Fria; por outro lado, como uma atitude de desconfiança face às organizações internacionais de ajuda ou assistência ao desenvolvimento servidas dos interesses imperialistas e neo-colonizadoras.

Com o fim da Guerra-Fria tornou-se evidente que o desenvolvimento económico não se alcançaria unilateralmente e nem dentro de desconfianças quer políticas quer económicas. Por outro lado, a multiplicação das calamidades ou desastres naturais cíclicas, a insegurança alimentar, a inabitabilidade do cosmo e o desenvolvimento sustentável clamam por uma cooperação aberta e franca entre todos os intervenientes.

A solução destes problemas e desafios impostos pela globalização não se alcançam através de políticas umbilicais e departamentais.

Esta constatação aflora questões estruturais profundas e abre um debate que pode ser descrito dentro de duas vertentes: o problema das assimetrias ou do desenvolvimento foi criado pelas situações internacionais injustas do passado (o colonialismo e o imperialismo) ou do capitalismo selvagem da economia do mercado ditada pela globalização?

Uma e outra vertente, bem explorada, poderiam sustentar a causa do subdesenvolvimento. Todavia, constata-se que os efeitos causados pelas situações injustas do passado, assim como pelas da economia do mercado não são uniformes em todos os países.

Ao analisarmos os factores ou indicadores de cada estrutura social, depara-se com uma discrepância quanto ao produto nacional bruto (PNB) por habitante, a estrutura da economia, repartição dos rendimentos, taxas de analfabetismos, potencial científico e técnico, natureza e estabilidade dos regimes.

De duas uma, ou a causa do problema do subdesenvolvimento reside nos actores internacionais de ajuda ou assistência ao desenvolvimento ou nos próprios Estados em desenvolvimento?

Na verdade, o problema do desenvolvimento pode desencadear-se a partir dos actores internacionais – o abuso de força económica e técnica por parte das potências dominantes.

Para os que defendem esta posição, unem-se e esforçam-se em influenciar o ciclo através da alteração das regras das instituições internacionais ou do Direito do Desenvolvimento no sentido deste ser mais favorável aos povos em desenvolvidos.

A crítica e o fundamento desta posição parte do pressuposto e da constatação de que as normas e as instituições internacionais são vulneráveis, assim como os povos carentes da ajuda ou assistência ao desenvolvimento.

Esta vulnerabilidade e carência têm sido aproveitadas por alguns actores que à coberta da ajuda ou assistência ao desenvolvimento, no lugar de criarem regras ou normas de uma verdadeira ajuda, estes com muita minúcia estabelecem regras de “desajuda”, perpetuando assim a dependência, o neocolonialismo, o servilismo e o subdesenvolvimento.

Os mesmos actores internacionais são e constituem uma alavanca para o desenvolvimento através dos investimentos estrangeiros ou das transferências de tecnologias. Os que defendem esta posição, colocam a causa nos próprios Estados ajudados, sendo esta causada pelos sistemas ou políticas dos governos e dos próprios Estados em desenvolvimento.

A situação humana deplorável e a degradação do tecido social, vivido em vários países, levaram à comunidade internacional a direccionar a sua atenção aos mecanismos de ajuda ou assistência técnica ao desenvolvimento, do alívio da pobreza e do sofrimento humano.

Os movimentos e as acções favoráveis dos direitos humanos contribuíram para a construção de um clima e plataforma fértil para a emergência de actores da sociedade internacional quanto à ajuda ou assistência ao desenvolvimento.

Pode-se hoje contar com os Estados, Organizações Internacionais e Nacionais Estaduais e não Estaduais, Organizações Humanitárias³⁸⁷, Organizações Não Governamentais, Empresas Transnacionais e Multinacionais e Particulares, com o espírito altruísta em prol do alívio do sofrimento humano.

Este altruísmo permitiu a elaboração de regras e a criação de mecanismos e instituições específicas para lidar com situações de emergências e de calamidades, assim como de ajuda ou assistência ao desenvolvimento.

Este esforço e contributo internacional tem sido indispensável no desenvolvimento dos povos. Todavia, a acção dos actores internacionais quer no desenho do quadro estratégico de acções para o desenvolvimento quer na execução e na disponibilização de recursos ou donativos não é por si suficiente, carecendo de uma concertação entre várias outras forças da sociedade internacional e nacionais dos Estados em causa.

O Direito Internacional do Desenvolvimento é um conjunto de regras ou normas que regulam internacionalmente a ajuda ou assistência na promoção do desenvolvimento.

Este conjunto de regras abarca os instrumentos emanados pelas organizações internacionais e nacionais (governamentais e não governamentais) em defesa e promoção do desenvolvimento como um direito humano.

O Direito Internacional do Desenvolvimento é constituído por regras dispersas e sem uma coerência que o possa aglutinar ou classificar como um Direito uno e específico.

A Organização das Nações Unidas através da sua Assembleia Geral aprovou várias resoluções com o intuito de estabelecer uma Nova Ordem Económica Internacional, cuja finalidade é a promoção do desenvolvimento.

Destas decisões ou normas podem-se destacar os seguintes: a Declaração e o Programa de Acção relativos a instauração de uma Nova Ordem Económica Internacional

³⁸⁷ De entre tantas Organizações Humanitárias pode-se alistar as seguintes; Care, Save The Children, Oxfam, Worldvision, Médicos sem fronteiras, Programa Alimentar Mundial, Greenpeace, Exército de Salvação, Mercy Corps, Human Rights Watch, Comité Internacional de Resgate, Fundação Bill e Melinda Gates, Fundo Global de Luta contra Aids, Tuberculose e Malária, Fundação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, Ford Foundation, U.S. Aid for International Development (USAID), The World Bank.

(Resolução 3201, de 1974); a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados (Resolução 3281 XXII, de 1974); Desenvolvimento e Cooperação Internacional (Resolução 3362, de 1975).

Estes instrumentos ou regras estabelecidas pelas Nações Unidas impulsionaram a reflexão em torno do Direito Internacional do Desenvolvimento como uma das especialidades do Direito Internacional dos Direitos Humanos e consequentemente por hierarquia do Direito Internacional Geral.

O debate e a reflexão sobre estas temáticas andam em torno de duas vertentes: a primeira reside na velha assunção de exigência fundamental da justiça – o Direito como função protectora dos mais fracos ou seja a discriminação positiva – o conceito de dualidade das normas; a segunda vertente assenta no conceito de património comum da humanidade – onde se estabelece o princípio de que o património comum da humanidade deve ser usufruído equitativamente por todos e não só por aqueles que estão preparados para explorá-lo efectivamente.

Portanto, tem sido dentro desta exigência de justiça que se defende a criação de um Direito Internacional do Desenvolvimento que tenha em conta a desigualdade entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Esta ideia vincou e está subjacente no Direito do Comércio Internacional quanto ao tratamento dos países com o nível de desenvolvimento desigual. Não obstante, a mesma ideia está consagrada na Convenção sobre o Direito do Mar, concluído em Montego Bay, em 1982, que declara os fundos marinhos e os seus recursos como património comum da humanidade.

Esta Convenção vai mais longe quando estabelece que uma das partes desta exploração ou dos benefícios devem reverter para os Estados geograficamente desfavorecidos e para os países em desenvolvimento.

Como corolário destes entendimentos sobre a ideia de desenvolvimento e da interdependência dos espaços, acima descritos, constata-se que a actividade humana em prol do desenvolvimento pode perigar o futuro da espécie humana, uma vez que o uso dos recursos naturais de forma não sustentável pode originar danos irreparáveis à

sociedade exigindo assim uma reparação. Daí que, a comunidade internacional ciente deste perigo eminente adoptou, em 23 de Novembro de 1972, sobre a égide da UNESCO, a Convenção sobre a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural.

Os recursos naturais e o ambiente constituem um bem preciosíssimo e inalienável do qual depende a vida humana, quer nos países desenvolvidos quer nos subdesenvolvidos. Daí que, os Estados devem cooperar para que a luta desenfreada para o desenvolvimento não perigue a vida dos homens mas que leve-os ao usufruto de um ambiente são e próspero.

O princípio de dualidade das normas não constitui uma novidade na doutrina e nos direitos nacionais. Para o efeito, encontramos vários exemplos nos Estados europeus e múltiplos aquando da colonização na África e América.

Este princípio de dualidade de normas comparado com os outros princípios como o da boa-fé ou da reparação de prejuízos é classificado como sem valor jurídico.

Dada a diversidade de situações no âmbito do desenvolvimento, a falta de convenções específicas que garantam a sua aplicação, bem como o pressuposto de que se deve respeitar os direitos dos credores, este princípio de dualidade de normas não tem sido de fácil implementação.

Face a esta constatação, alguns tratadistas classificam este princípio de dualidade das normas, embora básico e imprescindível no Direito Internacional do Desenvolvimento, como um princípio não jurídico mas sim ético ou de equidade. Todavia, apesar desta discrepância doutrinária, este princípio de dualidade de normas tem sido a pedra angular na criação das normas dentro da *lex mercatória*.

É através deste princípio que a *lex mercatória* cria e adopta tratados e elabora contratos internacionais no âmbito do comércio, investimento e financiamentos³⁸⁸.

Nesta sociedade global, onde a diversidade de sujeitos de Direito Internacional tornou-se uma realidade inquestionável, o conceito de pluralidade de normas, subjacente na criação do Direito Internacional do Desenvolvimento, é tido como a pedra angular na

³⁸⁸ Vide, o desenvolvimento destas temáticas in TOUSCOZ, Jean, 1993, Direito Internacional, op. cit. p.282

construção deste direito, dada a interdependência, solidariedade e fluxos entre os espaços jurídicos na nova ordem jurídica global.

O Direito Internacional de Desenvolvimento nutre-se da experiência e da acção de um conjunto de instituições e organizações internacionais e transnacionais que operam no âmbito da ajuda e assistência ao desenvolvimento.

Estas instituições e organizações internacionais agem dentro das normas, políticas e de regras internacionais próprias que entendem ser apropriadas para a efectivação do propósito. De entre estas instituições pode-se destacar algumas, tais como:

- a) O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 1965. Este coordena as ajudas atribuídas aos países em desenvolvimento de todas as instituições especializadas;
- b) A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e desenvolvimento (CNUCED) em 1961. A sua principal atribuição é a formulação de princípios e políticas relativas ao comércio internacional e aos problemas conexos do desenvolvimento económico;
- c) A Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial, criada em 1965. Esta trabalha em matéria de industrialização e assistência técnica aos países em desenvolvimento e no domínio normativo;
- d) O Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA), criado em 1976. Esta visa o empréstimo ou doação de fundos aos países membros em desenvolvimento para a agricultura e melhoria do nível nutricional;
- e) O Fundo Monetário Internacional (FMI) cuja actividade principal é a ajuda aos países em desenvolvimento;

- f) O Banco Mundial - visa o auxílio para a reconstrução dos países em desenvolvimento devastados pelas guerras, através de empréstimos ao longo prazo³⁸⁹;
- g) O Fundo Europeu de Desenvolvimento (FED), estabelecido pela convenção de Lomé IV, concluída em 1989. Este Fundo constitui um empréstimo concedido pelo Banco Europeu de Investimentos e está direccionado a ajuda ao ACP (aos 67 países associados da África, Caraíbas e Pacífico) nas políticas de ajustamento estrutural;
- h) O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o Banco Asiático de Desenvolvimento (BAD) e o Banco Africano de Desenvolvimento. Estas instituições financeiras funcionam com base nas regras idênticas às do Banco Mundial;
- i) O Fundo Árabe de Desenvolvimento Económico e Social (FADES), criado em 1972. Este financia Projectos nos Estados-membros da Liga Árabe;
- j) O Banco Árabe de Desenvolvimento Económico da África (BADEA) fundado em 1973. Este visa promover os investimentos árabes em África; O Banco Islâmico de Desenvolvimento (BID), fundado em 1974. Este

³⁸⁹ “Os empréstimos do Banco são essencialmente concedidos aos países da Europa Central e Oriental e da África subsaariana, cuja situação económica e, habitualmente, bastante crítica: estão orientados para as infra-estruturas e devem, em princípio, beneficiar as áreas mais pobres. A energia e a agricultura são domínios dos quais o Banco presta particular atenção. Os fundos canalizados para a realização dos projectos ou programas são submetidos a sua aprovação, execução e por ele verificada, assim como a avaliação dos resultados. Desde 1980, o Banco mantém um diálogo com os países que solicitaram empréstimos sobre a sua política estrutural: tenta auxiliá-los e por em prática medidas de ajustamento estrutural, que são definidas com precisão, numa declaração de política de desenvolvimento do país ajustado, com um calendário de realizações preestabelecido”. Vide, TOUSCOZ, Jean, op. cit., p.287.

visa estimular os investimentos dos países muçulmanos noutros países islâmicos;

- k) O Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento (BERD). Este visa promover o desenvolvimento dos países da Europa Central e Oriental que se comprometerem a pôr em prática os princípios da democracia pluralista e da economia do mercado.

A emergência de novos actores ou sujeitos de Direito Internacional na arena internacional contribuiu e desenvolveu as formas e modalidades de ajuda ou assistência ao desenvolvimento no mundo.

Tradicionalmente, quando se falava de normas de ajuda ou assistência, tinha-se em vista as normas do Direito Internacional Humanitário³⁹⁰ que resultaram da codificação dos costumes que ao longo dos tempos foram usados para atenuar os sofrimentos provocados pelos conflitos armados, quer quanto aos doentes, feridos, prisioneiros e à protecção da população civil – Convenção de Genebra de 1949 e os dois Protocolos de 1977³⁹¹.

A experiência dentro da sociedade global tem demonstrado que esta acção nobre e altruísta a favor do outro, dada a sua delicadeza, tem experimentado dificuldades e constrangimentos por causa da ineficácia dos seus instrumentos e da incapacidade dos governos dos países receptores da ajuda em cooperar efectivamente.

³⁹⁰ Quando se fala do Direito Humanitário olha-se para o contributo do Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV) que nasceu por iniciativa de Henri Dunant, que, tendo assistido aos efeitos da batalha de Solferino, em 1859, quis criar uma instituição internacional susceptível de humanizar os conflitos armados. Após uma longa evolução, durante a segunda metade do século XIX, constituiu-se em 1919 a Liga das Sociedades da Cruz Vermelha (associado a própria Cruz Vermelha, o Crescente Vermelho e o Leão Vermelho). Desde esta época, o Comité Internacional da Cruz vermelha desempenhou um importante papel no desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. *Vide, TOUSCOZ, Jean, op.cit., p.374.*

³⁹¹ Entre estas Convenções é necessário citar as de 1949 (relativa aos doentes, feridos, prisioneiros e à protecção da população civil em tempo de guerra) e os dois protocolos adoptados em 1977 (que favorecem sobretudo uma expansão do campo de aplicação do Direito humanitário às formas de guerra não-convencional e aos conflitos armados não internacionais).

Os estudos feitos pelo FMI em 2004, no âmbito dos Objectivos de Desenvolvimento do Milénio que estabelecem como meta a redução da pobreza absoluta para 50% até 2015, concluiu que os Países da África Subsariana para atingirem esta meta deviam acelerar o crescimento económico para cerca de 7% por ano.

Dada a incapacidade financeira destes países em gerar recursos, a alternativa viável seria o aumento da ajuda pública ao desenvolvimento através de financiamento externo. Não obstante, estando estes países subsarianos a beneficiar da ajuda financeira para o desenvolvimento, pode-se constatar hoje que só poucos têm sabido valer-se da ajuda recebida, como por exemplo, Uganda, Tanzânia e Moçambique³⁹². Os outros tantos não têm tirado proveito desta ajuda por causa da corrupção e da incapacidade de lidar e gerir os programas de desenvolvimento.

Estas constatações têm despoletado vários questionamentos, reflexões e críticas, problematizando a questão de saber se a ajuda ou assistência ao desenvolvimento pode promover e conduzir um país pobre ao desenvolvimento.

O que se pode constatar nos países beneficiários da ajuda é o facto de a ajuda ou assistência – donativos – tem aliviado a miséria e resolvido certas crises e situações de emergências. Todavia, constata-se também, nalguns casos, que o beneficiário fica refém da ajuda, facto que contribui para a responsabilização e auto-suficiência dos cidadãos e do país ajudado.

Na verdade, quem dita as normas de ajuda ou assistência não é o beneficiário mas o doador, muito embora se pretenda responsabilizar o país ajudado na definição de políticas e acções concretas como condição de elegibilidade da ajuda ou assistência, no âmbito da Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento. Na essência, quem assessora os Governos e as comunidades na definição de políticas e acções são os próprios doadores ou seja os actores ou as organizações internacionais do desenvolvimento.

³⁹² FERNANDES, João José, et al, Portugal, África e a Ajuda Pública ao Desenvolvimento, in Público - Sexta-feira, 14 de Maio de 2004.

A diversidade das normas da ajuda ou assistência ao desenvolvimento que depende do tipo do actor ou organização internacional de ajuda ao desenvolvimento acaba por ditar a estratégia de desenvolvimento dos países receptores de ajuda.

Esta estratégia varia assim de um país para o outro em função do tipo de actor ou organização internacional de desenvolvimento em acção.

Dentro desta estratégia de desenvolvimento, constata-se que alguns países em desenvolvimento adoptam políticas de economia pró-pobre – recurso ao financiamento externo para a reversão da situação económica e social dentro de curto espaço de tempo. Outros países enveredam pela política de economia de mercado, acumulação do capital para depois fazer face ao problema.

Esta diversidade de normas não coordenadas, afectam os países em desenvolvimento de várias formas, ao ponto de se constatar que depois de vários anos de ajuda financeira estes continuam cada vez mais pobres e com uma dívida economicamente insustentável.

Este fenómeno triste e humanamente inaceitável, ditou o surgimento do Clube de Paris que reúne Estados credores e o Clube de Londres que agrupa os credores privados, para fazer face ou minorar esta situação criada por estas políticas estratégicas da ajuda internacional do desenvolvimento.

Portanto, estes Clubes não obedecem regras ou normas jurídicas precisas na sua actuação, agindo empiricamente em função da situação concreta de cada Estado³⁹³.

4.5.1. Os Desafios das Normas Internacionais da Ajuda ao Desenvolvimento e a Ordem Jurídica Global

O Direito Internacional do Desenvolvimento como um *corpus juris* começou a consolidar-se a partir do posicionamento do Conselho Geral das Nações Unidas quanto a promoção e protecção dos Direitos Humanos de acordo com os artigos 55º e 56º da Carta das Nações Unidas, conjugados com o artigo 28º da Declaração Universal dos Direitos

³⁹³ TOUSCOZ, Jean (1993) Direito Internacional, op.cit., p.283.

Humanos e mais tarde com as disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

A universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos permeando todos os tipos de direitos, a promoção e a protecção de um tipo de direito implicam e levam consigo os demais.

O ideal nobre de liberdade e dignidade humana só pode ser perseguido e *realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos económicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos*³⁹⁴.

Um dos pressupostos básicos e, *a priori*, para qualquer iniciativa e acção no âmbito dos direitos humanos é a instrução e a educação.

A falta de instrução implica automaticamente a negação dos direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais e, conseqüentemente, os direitos a dignidade humana.

O desenvolvimento humano constitui um dos requisitos imprescindíveis para a acção e efectivação deste ideal e destes direitos inerentes a pessoa humana.

A instrução ou o desenvolvimento humano só se efectiva com a existência ou disponibilidade de recursos matérias e financeiros.

Estes obstáculos que negam, *a priori*, o conhecimento e o usufruto dos direitos humanos e liberdades fundamentais constituem a principal preocupação e o desafio das Nações Unidas e da comunidade internacional em geral.

O mundo de então foi confrontado com um quadro negro de violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e indivíduos resultantes das guerras de descolonizações, neocolonização, apartheid, dominações estrangeiras e ocupações, discriminação e segregação racial, assim como de catástrofes naturais, que conduziram a actos bárbaros e macabros que ultrajam a consciência da humanidade.

Esta realidade ditou que muitos países devastados por estes fenómenos vissem o seu PIB reduzido a zero e os seus povos e cidadãos vivessem abaixo da linha da pobreza absoluta.

³⁹⁴ Cfr., § 3º do Preâmbulo do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

As Nações Unidas e as suas Agências para reverterem o cenário desastroso dos direitos à dignidade humana, estrategicamente, visam primeiro restaurar o próprio indivíduo como detentor de direitos através de acções concretas na promoção e protecção internacional dos direitos económicos, sociais, culturais ou humanitários.

O Conselho de Segurança das Nações Unidas adoptou, em 1960, a Resolução 1515 (XV), sobre a Acção concertada em prol do Desenvolvimento.

Desde então, vários instrumentos e estratégias para o desenvolvimento foram desenhados e implementados³⁹⁵ pelas Nações Unidas e suas Agências.

O sistema económico mundial assente nas políticas globais hegemónicas lideradas pelas instituições transnacionais ditaram uma Nova Ordem Económica Internacional.

Esta viragem imposta pela globalização económica ditou a necessidade de uma forte cooperação entre as agências das Nações Unidas, os países em desenvolvimento e as organizações económicas internacionais.

O envolvimento dos vários actores internacionais na promoção e protecção do direito ao desenvolvimento permitiu a diversificação de normas autónomas distintas do Direito Internacional Geral.

Hoje coexistem no espaço jurídico global normas de Direito Internacional do desenvolvimento criadas ou adoptadas no âmbito das Nações Unidas, no âmbito regional através das comunidades de integração económica e normas oriundas das organizações económicas internacionais, das instituições transnacionais e das empresas multinacionais.

³⁹⁵ CRETELLA NETO, José indica de entre outras, as seguintes resoluções: “Resolução 1710 (XVI), de 19.12.1961, que estabelece a primeira década das Nações Unidas para o Desenvolvimento (1960 a 1970); Resolução 2626 (XXV), adoptada em 24.10.1970, pela qual se estabelece a segunda década das Nações Unidas para o Desenvolvimento (1970 a 1980) e se formula a ‘estratégia internacional de desenvolvimento’ para esse decénio; Resolução 3201 (S-VI), adota em 01.05.1974, no sexto período extraordinário de sessões da A-G, e que contém a Declaração sobre o estabelecimento de uma ‘Nova Ordem Económica Internacional’; Resolução 35/56, de 05.12.1980, que contém a estratégia internacional de desenvolvimento para a terceira década (1980-1990); Resolução 45/199, de 21.12.1990, que contém a estratégia internacional de desenvolvimento para a quarta década (1990-2000); Resolução S-18/3, adoptada em 01.05.1990, no 18º período extraordinário de sessões da A-G, que contém a Declaração sobre a Cooperação Económica Internacional”; a resolução 50/107, adoptada em 20.12.1995, pelo que se proclama a primeira década das Nações Unidas para a erradicação da pobreza (1997-2006)”. Vide, CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 502.

Estas últimas têm como fonte as políticas económicas neo-liberais de economia de mercado, contrapondo as normas dos ordenamentos jurídicos estaduais e internacionais que assentam no princípio do Estado.

A coexistência cooperativa entre os vários actores internacionais no desenho de estratégias e implementação de políticas económicas nos países em desenvolvimento tem enfrentado alguns desafios, a saber: i) Desafios quanto as metas (resultados) e os objectivos da estratégia internacional de desenvolvimento; ii) Desafios quanto a coexistência internacional e nacional das normas de desenvolvimento e o seu impacto nos países em desenvolvimento.

Decorridos mais de cinquenta anos de promoção e implementação de políticas de desenvolvimento, constatou-se que apesar de alguns sucessos, muitos países beneficiários destas políticas aumentaram o fosso outrora existente com os países desenvolvidos e alguns continuam abaixo da linha da pobreza.

Não obstante, alguns dos fracassos deveram aos conflitos internos, catástrofes naturais, instabilidade ou incoerências políticas internas, corrupção, recessão económica mundial e outros.

As metas estabelecidas pelas Nações Unidas ao longo dos decénios, desde 1961, através das Resoluções foram alcançadas parcialmente e desigual nas diversas regiões do mundo³⁹⁶.

Portanto, olhando para os resultados promissores nalguns países asiáticos onde se constata um grande crescimento económico e a redução do fosso destes com os países desenvolvidos, Joseph Stiglitz afirma confidente que “*o desenvolvimento é possível, mas não inevitável*”.

Mary Robinson tranquiliza atestando que não está fora das capacidades da comunidade internacional de desvendar estratégias para garantir a todos o usufruto dos

³⁹⁶ Ibidem, p. 503.

direitos económico, sociais e culturais e consequentemente o Direito do Desenvolvimento³⁹⁷.

A estratégia ditada pela conjuntura geopolítica e de globalização económica para enfrentar o desafio do desenvolvimento económico que devia passar necessariamente pela cooperação e assistência técnica internacional, potenciou o Direito do Desenvolvimento, elevando-o para um dos direitos fundamentais.

A produção da globalização económica desenvolvida pelas instituições económicas transnacionais e as multinacionais, dada a sua intervenção hegemónica, ditou que a promoção e a protecção do Direito ao Desenvolvimento, como Direito Humano, articulassem com o Direito do Meio Ambiente.

O direito ao meio ambiente como direito a dignidade humana só pode ser protegido dentro da permeação com o Direito do Desenvolvimento.

A corrida desenfreada aos recursos naturais por parte dos agentes económicos como plataforma para o rápido crescimento económico e o aumento do PIB interno dos países em desenvolvimento tem criado desequilíbrios ambientais com consequências nefastas tornando o cosmo paulatinamente inabitável.

Portanto, a necessidade de promoção e protecção destes dois Direitos Fundamentais interdependentes e incindíveis ditou as suas vinculações ao conceito do desenvolvimento sustentável.

Assim, a Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, acabou por enquadrar o crescimento económico, meio ambiente e direitos humanos dentro de um denominador comum - o desenvolvimento sustentável.

A estratégia da promoção e protecção do Direito ao Desenvolvimento no mundo, deste a sua consagração através dos instrumentos internacionais e dispostos dentro dos

³⁹⁷ ROBINSON, Mary, *Constructing and International Financial, Trade and Development Architecture: The Human Rights Dimension*, Zurich, 1 July 1999, www.unhchr.org, in STEINER, Henry and ASTON, Philip, *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals, Text and Materials*, 2nd Edition, Oxford University Press, p. 1312.

direitos económicos, sociais e culturais ou humanitário, esteve sempre associado ou condicionado a cooperação internacional³⁹⁸.

Para activar e coordenar os vários intervenientes na promoção e protecção do Direito ao Desenvolvimento, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 1995 (XIX), em 1964, cria a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento, um fórum especializado para responder este desafio.

As acções coordenadas para o desafio incidem sobre a ajuda directa dos países desenvolvidos através de 1% do seu PIB, a assistência técnica e operacional a projectos de investimentos e, a reestruturação e a adopção de uma nova ordem económica internacional consentânea com as necessidades do crescimento económico dos países em desenvolvimento³⁹⁹.

A estratégia da protecção do Direito ao Desenvolvimento ou Humanitário, alicerçada dentro do pressuposto do desenvolvimento sustentável, criou novos desafios, no âmbito da globalização económica, com a intervenção de vários agentes económicos internacionais privados e organizações internacionais de desenvolvimento.

Esta realidade ditou o estabelecimento de várias normas jurídicas autónomas e privadas na arena internacional à margem das normas clássicas do Direito Internacional Geral.

Para o alcance dos objectivos da promoção e protecção do Direito Internacional do Desenvolvimento, estas normas são chamadas a coexistir dentro da cooperação estratégica estabelecida.

Um dos desafios que a cooperação internacional e a coexistência das normas de Direito ao Desenvolvimento ou Humanitário traz na ordem jurídica global com reflexos nos países ajudados prende-se com o facto de saber até que ponto estas normas desenvolvidas pelas organizações e instituições doadoras ou sujeitos de Direito Internacional, ao condicionar o auxílio à observância de certas regras, em diversos domínios, tanto os relativos ao tipo da ajuda prestada como regras gerais de política, de

³⁹⁸ Cfr., n.º 3, do artigo 1º da Carta das Nações Unidas.

³⁹⁹ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 508 e ss.

administração, de *accountability* não actuam destrutivamente em relação ao direito internacional geral, ao próprio desenvolvimento e ou às ordens jurídicas dos Estados receptores ou beneficiadores da ajuda ao desenvolvimento ou humanitária?

A globalização e o desenvolvimento do Direito ao Desenvolvimento ou Humanitário projectaram novas formas de pluralismo de normas.

De acordo com a terminologia de Marcelo da Costa Pinto Neves, estas podem ser designadas por manifestações múltiplas da *forma de Direito*⁴⁰⁰.

No âmbito dessa pluralidade de formas de direito, hoje, têm-se desenvolvido códigos de conduta ou boas práticas relativas à ajuda ao desenvolvimento ou humanitária⁴⁰¹.

Algumas destas normas são normas de Direito Internacional. Outras são normas de Direito Estadual, que os Estados ajudados inscrevem na sua ordem jurídica por pressão das entidades doadoras.

Outras normas de ajuda ao desenvolvimento mantêm a sua natureza não estadual – são normas técnicas, boas práticas aconselhadas pelas ONGs, observância de princípios políticos e normas de gestão que, no entanto, estão a ser reconhecidas como verdadeiras normas jurídicas, pela administração e até pelos tribunais do Estado ajudado.

Neste sentido, esta normatividade que provém da ajuda constitui um ordenamento jurídico não estadual, no âmbito de uma ordem jurídica pluralista.

Estas organizações internacionais ao agirem desta forma internacionalizam as suas normas ao mesmo tempo que as transnacionalizam quando impõe os Estados para as incorporar nos seus ordenamentos jurídicos internos.

Este fenómeno jurídico transnacional para além de construir um ordenamento jurídico não estadual, no âmbito da dinâmica da integração jurídica na sociedade mundial e do transconstitucionalismo, é apontado como neo-colonizador jurídico e perpetuador das assimetrias jurídicas num mundo globalizado.

⁴⁰⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2009) Transconstitucionalismo, Universidade de S. Paulo, S. Paulo. p. 250.

⁴⁰¹ Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento, 2 de Março de 2005.

Partindo da premissa acima, questiona-se, por um lado, se este fenómeno cria ou não obstáculos para um transconstitucionalismo ao pretender tomar as normas de uma única ordem jurídica como modelo ou *última ratio*? Por outro lado, ao impor modelos de normas jurídicas nos espaços incipientes e sem tradição jurídica democrática ofuscaria a gestação natural do próprio Direito e fragilizaria o processo da construção de um Estado de direito democrático?

Este fenómeno é apontado como destruidor da *ponte de transição*, do fortalecimento e entrelaçamentos constitucionais, assim como dos espaços jurídicos, tais como, locais, nacionais, internacionais, supra nacionais, transnacionais e de integração.

Estes espaços são tidos, por excelência, como de solução privilegiada dos problemas constitucionais⁴⁰² e de coexistência normativa.

Desta segunda premissa, urge aferir se este mesmo fenómeno coacta a integração e a coexistência dos espaços na sociedade mundial e se descaracteriza a emancipação dos vários espaços jurídicos no processo de *acoplamentos estruturais ou operativos*⁴⁰³, quando um ordenamento jurídico torna-se prepotente, sobrepondo ou eliminando os outros?

O debate sobre esta temática tomou duas vertentes: uma sobre o protagonismo das instituições e organizações internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio e outras, sobre a sua influência na construção do ordenamento jurídico da sociedade global.

Outra vertente é a dos blocos económicos e políticos regionais em construção e em franco desenvolvimento, tais como: a União Europeia, ALENA ASEAN, MERCOSUL, CEDEAO e a SADC, na sua estratégia integracionista que passa pela hegemonia política e legislativa nos Estados membros da comunidade.

Esta última vertente será objecto de abordagem num dos capítulos seguintes.

Os desafios que a cooperação económica internacional e a coexistência das normas de Direito ao Desenvolvimento ou Humanitário criam na ordem jurídica global

⁴⁰² NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2009), Transconstitucionalismo, op.cit., p.XVIII.

⁴⁰³ LUHMANN, Niklas (1990) La Ciencia de la Sociedad, tradução especial, México: Universidad Iberoamericana /ITESCO/ Anthropos, 1996. pp. 38 ss e 163 ss.

com reflexos nos países ajudados ou em desenvolvimento podem ser ilustrados através de uns tantos exemplos. Para o efeito, pode-se tomar o caso de um país periférico erguido da descolonização – o caso de Moçambique.

A República de Moçambique erguida da descolonização através da independência nacional em 1975 optou pela edificação de um Estado socialista.

O Estado para alcançar o grande sonho ideológico tomou como modelo os trilhos dos países socialistas – apoderar-se dos meios de produção capitalistas e entregou-os aos operários e camponeses - o poder pertence ao povo.

Esta medida respondia um dos propósitos da luta e constituiu um dos objectivos fundamentais da República Popular de Moçambique consagrado na Constituição: «*a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente*»⁴⁰⁴.

A construção da nova sociedade livre da exploração do homem pelo homem passaria por dois pressupostos: eliminar a estrutura de opressão assente no modelo económico – capitalista – de acumulação e concentração de riquezas nas mãos de um grupo detentor dos meios e força de produção e desenvolver a planificação económica e administrativa centralizada no Estado⁴⁰⁵.

Estes dois pressupostos ditaram a evolução e desenvolvimento legislativo económico neste período revolucionário de 1975 até 1984. Não obstante, o Estado para edificar este grande sonho contou com a ajuda e solidariedade da URSS e dos países socialistas⁴⁰⁶ quer no desenho quer na implementação deste modelo de reconstrução económica socialista. Para o efeito, viu-se na contingência de adoptar o marxismo-leninismo como ideologia do Estado.

O modelo soviético tido como fonte de direito pós-estatal assentava num forte planeamento centralizado da administração e da economia, assim como das principais actividades sociais e culturais.

⁴⁰⁴ Cfr. Artigo 4º, da CRPM, de 1975.

⁴⁰⁵ Cfr. Artigo 9º da CRPM, de 1975.

⁴⁰⁶ Tratava-se da República Democrática Alemã, República da Cuba, República Popular da China.

Foi dentro desta dinâmica que o governo lança o Plano Estatal Central (PEC), onde estabelecia as acções e os investimentos e, fixava as metas de produção.

Neste modelo centralizado de planificação socialista estava subjacente a linha política e ideológica marxista-leninista que conferiam as acções e as metas um imperativo legal⁴⁰⁷.

Esta realidade ditou a reestruturação económica e social de base que culminou com a definição de políticas e acções concretas para lograr estes objectivos. Foi quando a FRELIMO definiu em 1979 que a década de 1990, seria a década da Vitória contra o subdesenvolvimento e estabeleceu as estratégias de desenvolvimento através do Plano Prospectivo e Indicativo (PPI)⁴⁰⁸ que apontava para as políticas e acções concretas a desenvolver em três frentes: a organização e socialização do campo que passaria pela criação de aldeias comunais; a industrialização do país que passaria pelas nacionalizações, criação das empresas estatais e cooperativas de produção e pela formação da força de trabalho⁴⁰⁹.

As estratégias económicas de desenvolvimento propostas acima, para a edificação de um Estado de democracia popular – socialista - centradas no marxismo-leninismo, tiveram como apoio estrutural, político, material e económico da URSS e dos países socialistas tidos como seus aliados naturais⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ FRANCISCO, António Alberto da Silva (2012) Reestruturação Económica e Desenvolvimento, in SANTOS, Boaventura e TRINDADE, João, (Organizadores) 2003, Conflitos e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique, op. cit. p.158.

⁴⁰⁸ O PPI apontava como objectivos específicos: i) Promover a radical transformação da estrutura económica e social com a criação de um sector socialista dominante; ii) Promover o aumento do nível de vida da população em geral, com vista a satisfação das suas necessidades básicas; iii) Consolidar o poder político, fortalecendo a base social operária e baseado no campesinato forte; iv) Conquistar o que de essencial constitui o património científico e técnico de toda a humanidade. Vide, MACHEL, Samora Machel (1983) A Luta Contra o Subdesenvolvimento, Maputo, Partido Frelimo, pp. 102 a 104.

⁴⁰⁹ FRANCISCO, António Alberto da Silva (2012) Reestruturação Económica e Desenvolvimento, in SANTOS, Boaventura e TRINDADE, João, (Organizadores) 2003, Conflitos e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique, op. cit. p.106 a 107.

⁴¹⁰ Cfr., artigo 22º da CRPM, de 1975 que dispõe: “A República Popular de Moçambique consolida e desenvolve a solidariedade com os países socialistas, seus aliados naturais, solidariedade forjada na luta pela independência nacional”.

A disponibilização desta ajuda e solidariedade esteve condicionada a observância por parte do Estado às normas concretas, que ditaram a efectivação da mesma, quer como donativo quer como crédito, assim como dentro da reciprocidade de benefícios.

A estratégia da cooperação internacional como uma plataforma de ajuda ao desenvolvimento e ou humanitário, para o caso dos países ex-colonizados teve as suas primeiras acções aquando do apoio logístico militar aos movimentos de libertação dentro da conjuntura da guerra fria de então.

Este apoio constituía uma estratégia do Bloco do Leste para o desequilíbrio do poder nos dois sistemas de então (o capitalismo e o socialismo).

Para o caso de Moçambique, depois do Acordo de Lusaka, que pôs termo a guerra colonial e estabeleceu o governo de transição rumo a independência nacional e ao socialismo.

Com a independência inicia o processo de descolonização e consequentemente do abandono de empresas pelos respectivos proprietários avessos ao novo regime e temendo represálias.

Esta situação de abandono abriu espaço para a adopção de medidas de carácter económico, político e penais que visavam possibilitar a intervenção do Estado quer para dinamizar a actividade económica (para garantir a paz social e progresso económico) quer para impedir actos subversivos que poderiam prejudicar a economia e a reconstrução nacional de Moçambique⁴¹¹.

Esta situação foi aproveitada estrategicamente para acomodar as normas soviéticas e ou socialistas, aquando do governo de transição (do Estado português para o novo Estado moçambicano).

O Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, espelha esta realidade pluralista de manifestação do Direito. Assim, as normas de Direito Económico socialista, tornaram-se fonte de Direito Internacional no processo de reconstrução da economia de Moçambique.

⁴¹¹ Cfr., Introdução do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro.

O Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, foi o ponto de partida para o lançamento da estratégia governamental no tocante as intervenções e nacionalizações, pressuposto básico para a edificação de uma nova economia socialista.

A Constituição soviética de 5 de Dezembro de 1936, estabelecia a base económica do sistema socialista que devia consistir “... *na posse socialista dos utensílios e meios de produção, firmemente estabelecidos em substituição do sistema económico capitalista, com abolição da propriedade privada dos utensílios e meios de produção e com a eliminação da exploração do homem pelo homem*”⁴¹².

Foi dentro desta filosofia política e económica que o Governo de transição, através do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, abriu o espaço para estabelecer as normas socialistas de economia como garante da ajuda socialista internacional⁴¹³.

Estas normas ou pressupostos da Constituição Soviética, tornaram-se a fonte de Direito Económico dos países socialistas ou dos governos cuja ideologia assentam no ideal comunista, de então.

Na verdade, a Constituição Soviética (Estalinista) de 1936 serviu de fonte para as disposições económicas contidas na Constituição da RDA de 1968 e no Decreto-Lei n.º 660/74 de 25 de Novembro – legislação portuguesa – e Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro – legislação moçambicana.

De acordo com o artigo 4º da Constituição Soviética (Estalinista) de 1938, quando dispõe que a base económica da URSS consiste na posse dos utensílios e meios de produção e em substituição do sistema económico capitalista e da abolição da propriedade privada, estabelece a plataforma da filosofia económica socialista, disposta no n.º 1, do artigo 14 da Constituição Alemã de 1968, que a economia privada não é permitida por razões do poder económico.

⁴¹² Cfr., artigo 4.º da Constituição Soviética de 5 de Dezembro de 1936.

⁴¹³ Vide, o comentário ou pretextos da AeMO (Associação dos Espoliados de Moçambique): “... *Mas, é claro, eu compreendo-os muito bem: é preciso seguir à risca os mandamentos do marxismo soviético, porventura do maoísmo, é preciso satisfazer o preceituado, o mandato dos seus senhores e patrões, já que deles vem todo o apoio em armas, dinheiro e equipamentos para os mais diversos fins. Além do apoio socialista internacional*”. In <http://www.macua.org/livros/Ospretextos.htm>, acedido em 24 de Novembro de 2013.

O legislador português partindo do mesmo pressuposto filosófico estabelece através do n.º 1, do artigo 1º, do Decreto-Lei n.º 660/74, de 25 de Novembro, que “*as empresas privadas, individuais ou colectivas, que não funcionem em termos de contribuir normalmente para o desenvolvimento económico... poderão ser assistidas pelo Estado... caso necessário, sujeitos a intervenção directa daquele na sua gestão*”.

Esta mesma redacção foi usada pelo legislador moçambicano para compor o n.º 1, do artigo 1, do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, que dispõe “*Sempre que as empresas, singulares ou colectivas, não funcionem em termos de contribuir, normalmente, para o desenvolvimento económico de Moçambique e para a satisfação dos interesses colectivos, ficarão sujeitos a intervenção...*”.

A reestruturação económica levada a cabo dentro do modelo político, social e económico socialista, nos primeiros anos da independência, que culminou com adopção de dois grandes instrumentos orientadores o PEC e PPI não conseguiu lançar a economia, pelo contrário esta regrediu.

Em 1980, o PIB representava apenas 80% do nível de 1975 (ano da independência) e menos de 60% do nível de 1973 (considerado o ano de pico do crescimento económico em Moçambique)⁴¹⁴.

O PEC não conseguiu responder as exigências de base para alavancar a economia devastada pelas guerras e calamidades naturais cíclicas. Os investimentos e os resultados esperados contradiziam-se gradualmente que acabaram por arrastar a economia ao abismo.

Os resultados negativos dos investimentos planeados centralmente desencadearam uma queda vertiginosa do poder de compra e com este seu afastamento ou isolamento do sistema económico mundial (quer dos aliados naturais quer do sistema capitalista).

No início da década de 1980 a economia do país estava completamente estrangulada – consumia-se o que não se produzia⁴¹⁵.

⁴¹⁴ FRANCISCO, António da Silva, 2012, Reestruturação Económica e Desenvolvimento, op. cit. p. 155. De acordo com este autor, O PIB *per capita* diminuiu de US\$418 em 1973, para US\$284 em 1975, US\$201 em 1980, e US\$145 em 1984. Depois dos 10 anos da independência e com a reestruturação económica socialista, o PIB real diminuiu para metade do nível atingido em 1973.

Este resvalo da economia e da falta de sinais encorajadores da sua recuperação, fez com que os aliados naturais com que Moçambique sempre contou – à braços com os problemas internos - não pudessem mais disponibilizar a ajuda ao país.

Coincidentemente, nesta fase derradeira da economia moçambicana, o aliado principal de Moçambique, a URSS, iniciou uma viragem na sua política externa e consequentemente já não podia providenciar mais apoio económico e militar para Moçambique⁴¹⁶.

Esta realidade fez que o Governo reconhecesse o fracasso da estratégia económica socialista e do modelo de planeamento central.

A insustentabilidade do modelo socialista levou o Governo a identificar novas estratégias económicas e de desenvolvimento que rapidamente pudessem salvar a economia e consequentemente o povo.

Nesta azáfama de busca de uma rápida solução, o Estado retrata-se face as ideologias marxistas-leninistas e adere aos acordos estabelecidos na Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, realizadas em Bretton Woods, New Hampshire, em 22 de Julho de 1944, para rapidamente conseguir a ajuda financeira de emergência para garantir a sobrevivência do povo⁴¹⁷.

Foi através do Decreto nº 6/84, de 19 de Setembro, que o Governo autoriza o Ministério das Finanças da República Popular de Moçambique a subscrever os Acordos relativos ao Fundo Monetário Internacional, ao Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento e a Associação Internacional de Desenvolvimento (IBWs).

Esta decisão foi justificada com base na constatação da existência de vastos recursos naturais, que não estão a ser valorizados ou transformados em riqueza. Daí, não justificar a situação extrema que o país e o povo se encontram.

⁴¹⁵ A gravidade da situação económica era tal que cerca de metade daquilo que se consumia era importado e a própria produção agrícola e industrial estava paralisada.

⁴¹⁶ TRINDADE, João Carlos, 2012, Ruptura e Continuidades nos Processos políticos e Jurídicos, op. cit., p. 113.

⁴¹⁷ O Governo precisava de pedir um empréstimo financeiro urgentemente para fazer face a situação de emergência alimentar e mostrar ao mundo a mudança ideológica e a adesão a economia de mercado.

Portanto, urge valorizar estes recursos e transformá-los em riqueza e melhorar a situação do povo. Para o efeito, por um lado, exige-se uma adequada combinação de meios e capacidades disponíveis e por outro lado, os recursos matérias, técnicos e financeiros externos, que possam contribuir para vencer o subdesenvolvimento⁴¹⁸.

Moçambique para responder às exigências de aceitação como membro nas IBWs toma as medidas preconizadas nos acordos e harmoniza o seu ordenamento interno em função daqueles⁴¹⁹.

Em Maio de 1985 o Governo introduz, experimentalmente, as primeiras medidas de liberalização dos preços de alguns produtos, como sinal e resposta às exigências ou normas de ajuda a concessão do crédito.

Um mês depois, em Junho, o Banco Mundial aprovou o primeiro pacote da ajuda no valor de US\$25.000.000.

Em Janeiro de 1987, o Governo lança o Programa de Reabilitação Económica (PRE), apoiado pelas IBWs, para se erguer e permitir uma transição da economia centralizada para a economia de mercado.

Foi dentro deste espírito que as IBWs desenharam um programa de ajustamento estrutural que dispunha de, entre outras, estratégias ou medidas de liberalização dos preços, de redução do défice orçamental, de privatização das empresas estatais, de contracção monetária e da elevação das taxas de juros e corte drástica das despesas públicas⁴²⁰ e sociais.

Foi dentro deste imperativo ditado pelas IBWs que o Governo lançou uma série de medidas legais e institucionais para reformar o seu ordenamento interno e ajusta-lo ao modelo neoliberal e de economia do mercado.

⁴¹⁸ Cfr., Preambulo do Decreto n.º 6/84, de 19 de Outubro – Que autoriza a República Popular de Moçambique a subscrever os Acordos de Bretton Woods.

⁴¹⁹ Cfr., artigo 2º, do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro, que dispõem: “...o país assume as correspondentes obrigações e que de harmonia com as suas Leis, tomou as medidas necessárias a garantir o cumprimento das obrigações impostas aos participantes do mencionado Departamento”. De entre outras exigências, pode-se destacar, a emissão dos títulos não negociáveis e isentos de juros. Vide, o artigo 3º, do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro.

⁴²⁰ TRINDADE, João Carlos, 2012, Ruptura e Continuidades nos Processos políticos e Jurídicos, op. cit., p. 113.

Para o efeito, teve como fonte de direito internacional as normas da ajuda humanitária e de ajuda ao desenvolvimento das IBWs, Networks, organizações não-governamentais e actores privados.

Esta reforma ou incorporação das normas ditadas pelos doadores e instituições de ajuda humanitária e ao desenvolvimento fez de Moçambique, um país periférico, saído das guerras, aos olhos dos doadores e da comunidade internacional, por um lado, um país bem-sucedido.

Este foi tido como modelo quanto ao processo de democratização e construção de um Estado liberal e de direito democrático pós-guerra e por outro, ter ganho a confiança e a simpatia dos países ocidentais.

De entre várias normas ditadas pelos doadores ou instituições de ajuda ao desenvolvimento ou humanitário pode se ilustrar a título de exemplo, as seguintes:

1. O Estado Moçambicano, com a sua admissão nas instituições de IBWs e FMI, tornou-se elegível para as ajudas internacionais de desenvolvimento. Todavia, as instituições de IBWs e FMI em troca de programas de ajudas para o alívio a pobreza, balança de pagamentos e o orçamento geral do Estado, agiram no sentido de recomendar Moçambique para reformas económicas e financeiras neoliberais para abraçar a economia de mercado.

As instituições de IWBs e FMI passaram a ter uma forte influência, quer no desenho de políticas macro-económicas, quer de gestão monetárias, quer das finanças públicas e de balança de pagamentos⁴²¹.

Esta realidade pode ser evidenciada através das estratégias e planos de acção do Governo quanto ao “Millenium Development Goals” (MDGs) - Nações Unidas, 1990 até 2015, no tocante ao combate a pobreza.

⁴²¹ “As exigências do Ocidente eram equívocas. A ajuda alimentar internacional, assim como o acesso ao crédito internacional e a prorrogação do prazo do pagamento da dívida, exigiam a introdução da economia do mercado cuja estabilidade pudesse ser aprovada pelo fundo Monetário Internacional”. Vide, HABRAHAMSSON & NILSSON, 1994, op.cit., p. 110.

O Plano de Acção da Redução da Pobreza Absoluta (PARPA) do Governo moçambicano nas suas linhas fundamentais e mais recentemente o PARP tomou como modelo as normas e políticas do FMI e do Banco Mundial – “ Poverty Reduction Strategy Papers (PRSP)⁴²².

2. O Governo de então assumiu a retórica do crescimento pro-pobre⁴²³, ou seja estruturou e definiu a sua estratégia económica e orçamental dentro dos parâmetros e objectivos de desenvolvimento do Millennium⁴²⁴.

O Governo ao responder às recomendações dos doadores quanto à política económica (onde o desempenho económico deve ser aferido a partir de indicadores muito estritos, tais como a taxa de crescimento do produto interno bruto (PIB), a taxa de inflação, o controlo do défice fiscal dentro dos parâmetros acordados e consistentes com as metas de inflação, a utilização das políticas monetárias para estabilizar a moeda e conter a inflação, o nível das receitas externas arrecadadas) assim como a adopção das políticas e estratégias para o alívio da pobreza PRSPs e consequentemente a dívida externa através da Iniciativa HIPC⁴²⁵, condicionou o legislador moçambicano dentro da sua prerrogativa

⁴²² PARPs foi introduzido em 1999 pelo Banco Mundial e FMI um instrumento para lidar com *accountability*, no âmbito da estratégia para a redução da pobreza. É um meio para assegurar a coordenação da assistência para o desenvolvimento entre Governos e parceiros de desenvolvimento e pré condição para o acesso a perdão da dívida e concessão de financiamento pelas ambas instituições da iniciativa do HIPC. <http://go.worldbank.org/CSTQBOF730>, acedido no dia 03 de Janeiro de 2014.

⁴²³ “A retórica do crescimento pró pobre é descrita em torno da ideia de que a pobreza é a incapacidade de satisfazer individualmente um conjunto de necessidades básicas, tais como serviços de água, saúde, saneamento e infra-estruturas básicas como estradas, etc.” – Vide, CASTELO-BRANCO, Carlos (2011) “Dependência de Ajuda Externa, Acumulação e Ownership – Contribuição para um debate de economia Política – Cadernos IESE n.º7, Instituto de Estudos Sociais e Económicos, p. 24, in www.iese.ac.mz, acedido no dia 28 de Junho de 2013.

⁴²⁴ Ibidem, p. 25.

⁴²⁵ Moçambique por ter observado as recomendações, aquando da iniciativa HIPC, em 2000, beneficiou da concessão do alívio da dívida, com mais 7 países, dos 16 países cuja elegibilidade tinham sido revistas. Os critérios para a concessão foram óbvios, a adopção de estratégias para a redução da pobreza PRSP. “Gerou-se um consenso óbvio acerca de uma série de pontos importantes: o primeiro e mais importante, é que o alívio da dívida deve ser parte de uma estratégia global de redução da pobreza composta de uma gama de políticas que visem programas sociais melhorados, boa governação e crescimento económico amplamente partilhado. Para além de um alívio mais profundo, mais amplo e mais rápido, em Setembro de 1999, os governos endossaram um documento conjunto do Banco Mundial e FMI que apresenta uma proposta para o efeito. Como parte de um enquadramento aperfeiçoado para a redução de pobreza, o alívio da dívida no contexto da Iniciativa HIPC estaria ligado à instituição de estratégias para a redução da pobreza a nível nacional, preparadas pelos governos dos próprios países, para garantir

normativa a admitir como a principal fonte do Direito Financeiro, senão a única, as normas de ajuda ao desenvolvimento ou humanitárias ou ditadas pelas instituições financeiras, organizações internacionais e doadores). Por outro lado e no âmbito da ajuda humanitária, em 1999, quando as Instituições Financeiras Internacionais, Organizações e Doadores optaram, direccionaram e condicionaram a ajuda à adopção e observância do PRSP⁴²⁶.

3. No âmbito da cooperação bilateral entre a União Europeia (UE) e a União Africana (UA), dentro do diálogo estratégico e político levou esta a estabelecer uma Declaração da Nova Aliança para o Desenvolvimento de África (NEPAD)⁴²⁷, como um novo plano de governança em África.

Este Plano de Governança assenta na democracia, governança política, económica e empresarial.

A UE dentro das suas políticas ou normas da ajuda humanitária e ao desenvolvimento sugere que o diálogo político com os países parceiros para a ajuda *“deve prever meios e instrumentos que permitam integrar estes objectivos nos programas de assistência da UE e encorajar os países parceiros a integrarem-nos também nas suas estratégias de desenvolvimento globais”*⁴²⁸.

A Declaração da NEPAD como instrumento catalizador destes objectivos e estratégias de desenvolvimento globais, abre no âmbito da Governança uma iniciativa no tocante aos mecanismos africanos de exame pelos pares *“African Peer Review Mechanism”* (APRM).

que o alívio da dívida - e a assistência externa ao desenvolvimento em geral - façam uma diferença real na vida dos pobres”. Vide, Guia de Estudo do Banco Mundial.

⁴²⁶ *“Following the 2009 reform of the Fund’s low-income country facilities, while country-owned PRSRs remain the basis of sustained program relationships with the Fund under the Extended Credit Facility (ECF) and the Policy Support Instrument (PSI)”* Vide in International Monetary Fund, Factsheet URL: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/prsp.htm>, acedido no dia 06 de Janeiro de 2014.

⁴²⁷ A Declaração da NEPAD foi estabelecida na Assembleia de Chefes de Estados e de Governos, 38ª Sessão ordinária da Organização das Unidades Africanas, 8 de Junho de 2002, Durban, África do Sul.

⁴²⁸ Vide, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento/*COM/2003/0615 final*/, p. 4.

Com esta iniciativa, a UA estabelece um instrumento ou seja mecanismos que permitam a elegibilidade dos seus estados membros à ajuda humanitária e ao desenvolvimento.

4. Os países africanos ao aderirem o APRM tornam-se elegíveis para a ajuda humanitária e de desenvolvimento que compreende a assistência disponibilizada pelos doadores na implementação das acções dos programas nacionais concebidos dentro dos modelos ou normas estabelecidos pela NEPAD.

Este apoio internacional consiste na assistência técnica e *capacity building*. Compete ao Secretariado do NEPAD desenvolver mecanismos para angariar apoios financeiros com o objectivo de ajudar os países membros para alcançar os objectivos dentro das acções programadas⁴²⁹.

Não obstante, o processo de adesão ao APRM até a avaliação pelos pares obedece escrupulosamente procedimentos e etapas delineadas no *Guidelines for Countries to Prepare for and to Participate in the African Peer Review Mechanism (ARPM) – NEPAD*.

Portanto, o Governo Moçambicano ao aderir à Declaração da NEPAD e especificamente ao APRM, esta passou a ser uma das fontes de Direito pós-estatal.

Com esta adesão, o legislador moçambicano incorporou as normas da ajuda humanitária da EU para o seu ordenamento jurídico interno.

De acordo com *NEPAD, Republic of Mozambique, ARPM Country Review Report N. 11, July 2010*, concluiu que grande parte das políticas de desenvolvimento sócio-económicas reflecte os padrões e códigos internacionais que Moçambique aderiu dentro das estruturas do NEPAD⁴³⁰.

⁴²⁹ Cfr., n.º 46 do Cap. VI – The Role of International Patners in Guidelines for Countries to Prepare for and to Participate in the African Peer Review Mechanism (ARPM) – NEPAD.

⁴³⁰ Vide, NEPAD, Republic of Mozambique, ARPM Country Review Report n.º. 11, July 2010, p. 410, in http://www.issafrica.org/uploads/APRM_Mozambique.pdf, acedido no dia 06.02.2014. “Most policies for socio economic development reflect the international codes and standards to which Mozambique has adhered within the framework of the New Partnership for Africa’s Development (NEPAD). However, these have not yet had a visible impact on the day-to-day life of citizens and thus require dissemination”.

5. O Governo de Moçambique dentro do programa de ajustamento estrutural no sector financeiro, com o apoio e colaboração das instituições de IBWs, do Banco de Desenvolvimento Africano, Departamento para o Desenvolvimento Internacional, Associação Sueca para o Desenvolvimento Internacional, Cooperação Técnica Alemã (DTZ), Fundo Alemão para a Reconstrução (KFW) e da sociedade civil, iniciou em 2005, reformas no Sector financeiro suportados pelo Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP).

As referidas reformas consistiram: “ (i) *na alteração e/ou adopção de novas leis e regulamentos no quadro regulatório do sistema financeiro; (ii), criação de novos mecanismos institucionais para supervisão bancária e resolução de litígios comerciais; (iii) na introdução das Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRF); (iv) na criação do Gabinete de Informação Financeira de Moçambique (GIFiM); (v) introdução do subsistema de transferência electrónica de fundos; (vi) no aumento da transparência no reporte financeiro e no uso de instrumentos de mercado na implementação da política monetária e cambial*”⁴³¹; e Estratégia do Desenvolvimento financeiro (2012 – 2022).

Estas reformas dentro do Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP) tiveram como fonte de Direito Internacional as normas e políticas económicas do Banco Mundial, nomeadamente o Programa de Avaliação do Sector Financeiro (FSAP)⁴³², concluído pelo Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (reformulado em 2009) e do Memorando Económico do Banco Mundial (2009).

6. Não obstante, a comunidade internacional para lidar com a crise de 11 de Setembro de 2009, reformulou e reforçou os instrumentos de prevenção e repressão contra este ilícito penal internacional.

⁴³¹ Vide, o Documento sobre a Estratégia de Desenvolvimento do Sector Financeiro 2012-2022.

⁴³² Vide, International Monetary Found, Factsheet – Programa de Avaliação do Sector Financeiro (FSAP) Departamento de Relações Externas, Washington, in [http://www.imf.org/external/np/exr/facts/fsap/ htm](http://www.imf.org/external/np/exr/facts/fsap/htm)

Este novo posicionamento normativo internacional fez com que o legislador moçambicano aprovasse uma nova lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

Esta nova Lei vem revogar a Lei n.º 7/2002 com a justificativa de “*adequar o seu conteúdo aos padrões normativos internacionais de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo*”⁴³³.

No estudo comparativo entre as duas leis constata-se que a Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto é na sua essência a Lei n.º 7/2002 (revogada) reformulada e com uma nova componente sobre a prevenção e combate ao financiamento do terrorismo.

Esta nova componente mais não é senão a incorporação de alguns dispositivos dos tratados internacionais sobre a prevenção e o combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e *The International Monetary Found Staffs’ National Money Laundering (ML) or Financing of terrorism (FT) Risk Assessment*.

7. Os imperativos do desenvolvimento do sector empresarial em Moçambique, no âmbito de apoio às reformas económicas para atrair os investimentos empresariais estrangeiros e nacionais, ditaram a harmonização do Plano de Contabilidade aos patamares internacionais baseado nas Normas internacionais de Relato Financeiro (PGC-NIRF) através do Decreto n.º 70/ 2009, de 22 de Dezembro.

O Plano Geral de Contabilidade (PGC-NIRF) teve como fonte às Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) e as Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRF) emitidas pela IASB (International Accounting Standard Bourds). Na essência, o Decreto n.º 70/2009, de 22 de Dezembro, reproduz as NICs e as NIRFs.

⁴³³ Cfr., §introdutório da Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

8. No âmbito da ajuda humanitária e ao desenvolvimento, a Lei sobre o Crescimento e Oportunidade para a África - *The African Growth and Opportunity Act (AGOA)*, oferece um tratamento preferencial aos produtos têxteis e de vestuário para os países em via de desenvolvimento.

Uma das condições para a elegibilidade para o acesso ao mercado dos EUA e de acordo com a AGOA é “*acolher no seu ordenamento jurídico interno as normas que devem regular o acesso aos seus operadores económicos às preferências de comércio sobre os artigos têxteis e de vestuário*”⁴³⁴.

O Estado moçambicano, para a sua elegibilidade, incorpora as normas da AGOA no seu ordenamento jurídico interno, através do Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro.

Dentro das normas da AGOA para o tratamento preferencial, inclui a adopção dos documentos modelos (Lista de grupos de vestuário que poderão beneficiar de tratamento preferencial e respectivas regras de origem, Certificado de Origem – Modelo RdO-AGOA 1⁴³⁵, descrição do carimbo de Visto a ser aplicado pelas Alfândegas, informação a ser providenciada ao MIC sobre o perfil da empresa e sobre todos os produtos que são exportados).

Outras normas AGOA adoptadas foram as disposições sobre a lista de informação a ser disponibilizada pelas Alfândegas de Moçambique a sua congénere dos EUA, permissão do Governo de Moçambique para a entrada, apoio e acompanhamento dos funcionários das Alfândegas dos EUA na realização de visitas de fiscalização e verificação do cumprimento das regras de origem⁴³⁶ e consequentemente a incorporação das infracções e penalidades contra os produtores ou exportadores que violem ou tentem violar as regras de origem⁴³⁷.

⁴³⁴ Cfr., Introdução do Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro.

⁴³⁵ Este certificado foi alterado pelo Diploma Ministerial n.º 198/2004, de 10 de Novembro, com a fundamentação de o tornar mais efectivo e eficiente.

⁴³⁶ Cfr., artigos 8º e 9º do Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro.

⁴³⁷ Cfr., artigo 15º do Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro, alterado pelo Diploma Ministerial n.º 2/2002, de 2 de Janeiro.

9. Moçambique em Maio de 2009 candidatou-se à Iniciativa de Transparência na Indústria Extractiva (ITIE) como uma das recomendações das instituições internacionais no âmbito da ajuda ao desenvolvimento e traduzida em objectivos dentro do PARP⁴³⁸. Para o efeito, Moçambique incorpora no seu ordenamento interno as normas ou o código das boas práticas da ITIE⁴³⁹.
10. Agenda 21 e os Objectivos de Desenvolvimento do Millennium (ODM), encontram no paradigma – desenvolvimento sustentável – o epicentro para combater a pobreza nos países em desenvolvimento através de promoção ou garantia da melhoria da sustentabilidade ambiental.

Moçambique com o Programa de Acção da Redução da Pobreza Absoluta I e II⁴⁴⁰, Programa Quinquenal do Governo de 2005 -2009, Plano Estratégico para o sector do Ambiente (2005 -2015), Estratégias e plano de acção para Convenção de Diversidade Biológica, Estratégia ambiental para desenvolvimento sustentável, Plano de implementação das decisões da Cimeira Mundial de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002 (Rio+10), Estratégia de Desenvolvimento

⁴³⁸ Moçambique aquando da primeira avaliação em 2011 e a publicação do segundo relatório da ITIE em Março de 2012, indicam que Moçambique teve progressos significantes, todavia foi considerado ainda longe das normas e práticas transparentes no quadro da iniciativa global. De facto, Moçambique tem estado a publicar só os pagamentos e recebimentos da indústria extractiva, ocultando a publicação dos contratos assinados entre o Governo e as multinacionais e a transparência fiscal. Vide, MOSCA, João e SELEMANE, Tomás (2012) Mega Projectos no Meio Rural, Desenvolvimento do Território e Pobreza: O caso de Tete, in Desafios para Moçambique, Centro de Integridade Pública, Maputo, p.233. in www.cip.org.mz, acedido no dia 18 de Janeiro de 2014. Não obstante, em Outubro 2012, Moçambique foi declarado pela EITI Bord, compliant com os padrões da EITI.

⁴³⁹ “The EITI Board today (26 October) declared Mozambique ‘compliant’ with the EITI Standard. EITI Compliance means that the country has an effective process for annual disclosure and reconciliation of all revenues from its extractive sector. This allows citizens to see how much their country receives from oil, gas and mining companies. Mozambique is a country in transition although the extractive industry contributed just 1% of GDP in 2010, investments in the sector, particularly in offshore gas and in coal, have increased exponentially and the are indications that in the next few years this will easily exceed \$10 billion”. Vide, in <http://eiti.org/news-events/mozambique-declared-eiti-compliant#>, acedido no dia 21 de Janeiro de 2014.

⁴⁴⁰ Este Programa PARPA I e II, através do Pilar Assuntos Transversais, responde e materializa o Objectivo 7 dos ODMs, “Assegurar a sustentabilidade Ambiental” - Meta 9: integrar os princípios de desenvolvimento sustentáveis nas políticas e programas nacionais e inverter a perda dos recursos ambientais. Vide, Anexo 2: Ligações entre os Pilares do PARPA II e os Objectivos de Desenvolvimento do Milénio, Fonte: Governo da República de Moçambique e PNUD, 2 de Maio de 2006, in República de Moçambique, Plano de Acção de Redução da Pobreza Absoluta 2006 -2009, (PARPA II) Maputo, 2 de Maio de 2006, p.156,

Rural (EDR)⁴⁴¹, entre outros, assume as suas políticas e estratégias nacionais recomendadas e torna-se um parceiro elegível para a ajuda de desenvolvimento ou humanitária, no âmbito da Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento⁴⁴².

Dentro desta elegibilidade Moçambique tem beneficiado de Programas de Apoio Financeiros para vários Sectores de desenvolvimento, a título de exemplo, pode-se citar o programa de apoio ao sector de Florestas em Moçambique financiado pela Finlândia (Agosto 2009 a Julho de 2014)⁴⁴³.

Este programa enquadra-se nos esforços dos doadores na harmonização de matérias de avaliação do impacto ambiental e que a Declaração de Paris entende que deve ir mais longe abrangendo “*os problemas ambientais de dimensão planetárias, tais como as alterações climáticas, a desertificação e perda da biodiversidade*”⁴⁴⁴.

Moçambique, apesar da ajuda financeira internacional de que tem sido graciado para o relançamento da sua economia e os esforços das IBWs, FMI e parceiros de cooperação e de ajuda humanitária, depois de várias décadas, não conseguiu recuperar o colapso da sua economia - aliviar o fardo da pobreza absoluta. Pelo contrário, o

⁴⁴¹ República de Moçambique, Conselho de Ministros, Estratégia de Desenvolvimento Rural (EDR), Maputo, 11 de Setembro de 2007, in www.portaldogoverno.gov.mz/docs_gov/estrategia/adminEst/estrategia_desenvolvimento_rural.pdf, acedido 28 de Julho de 2014.

⁴⁴² Cfr., Indicador 1, contido nos pontos 14 e 15, da Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento, Fórum de Alto Nível, Paris, 2005, Instituto Português de Apoio ao Desenvolvimento IPAD, 2006.

⁴⁴³ O Apoio da Finlândia no Sector Florestal em Moçambique tem estado a materializar-se através do apoio ao orçamento geral e o apoio sectorial da segunda fase do programa do Governo no sector agrícola (PROAGRI), através de projectos de desenvolvimento rural na Zambézia, Cabo Delgado, Niassa e Nampula. Esta ajuda da Finlândia cai dentro dos cinco princípios da Declaração de Paris sobre a eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento, a saber: (i) apropriação por parte dos países beneficiários, (ii) alinhamento do apoio do doador com as prioridades e sistemas do país beneficiário, (iii) harmonização da provisão dos mecanismos de cooperação para o desenvolvimento entre os doadores e o beneficiário, (iv) gestão orientada para resultados, e; (v) responsabilização mútua por parte dos beneficiários e dos doadores.

⁴⁴⁴ Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento, op. cit., ponto 40.

endividamento externo continuou cada vez mais crescente e logrou um índice de desenvolvimento humano mais baixo do mundo⁴⁴⁵.

Estes resultados negativos e apesar de um crescimento económico limiar, evidenciaram uma fragilidade económica social, o que levou os analistas a sugerir uma viragem quanto as estratégias políticas e governativas, assim como de governança no aparelho do Estado e na administração estatal.

Enquanto isso, o Governo por ter assegurado um ambiente de diálogo, paz e estabilidade política, assim como reformas económicas e sociais⁴⁴⁶ granjeou a confiança dos doadores tendo assegurado a continuidade do financiamento externo, a ajuda humanitária e de desenvolvimento, assim como o perdão de uma parte substancial da dívida.

Dentro do ajustamento estrutural iniciado pelas IBWs e reforçada pelos doadores, o governo conseguiu assegurar um ambiente de diálogo, paz e estabilidade política (tida como modelo em África) num país emergido das guerras e calamidades cíclicas.

Estas capacidades fizeram de Moçambique um país que nas últimas décadas beneficiasse de maiores doações em África. Por exemplo, em termos de percentagem do PIB em África, Moçambique em 2007, beneficiou de 9 por cento. Os recursos externos cobriram 53 por cento do Orçamento do Estado em 2010⁴⁴⁷, contra 48 por cento em 2011 e 2012.

Apesar desta inestimável ajuda dos doadores e organizações humanitárias⁴⁴⁸ e de desenvolvimento, Moçambique continuou na lista dos países mais pobres do mundo (ocupando o 165º lugar de entre 169 no índice de Desenvolvimento Humano de 2010) e

⁴⁴⁵ FRANCISCO, António Alberto da Silva (2012) Reestruturação Económica e Desenvolvimento, op. cit. p. 173.

⁴⁴⁶ O Governo conseguiu assegurar um clima favorável ao investimento privado, nacional e estrangeiro, a redução do défice orçamental e do desequilíbrio da balança de pagamento e a continuação do processo de privatizações.

⁴⁴⁷ Vide, os dados percentuais in *United Nations Children's Fund*, Cenário Fiscal de Médio Prazo 2010-2012. Como o CFMP responde aos desafios de redução da pobreza na infância em Moçambique? Maputo, 2010.

⁴⁴⁸ De acordo com a Economist Intelligence Unit, Country Report Mozambique, Economist Intelligence Unit, Londres, Maio de 2009, Moçambique figura como o maior destinatário da assistência internacional ao desenvolvimento em África, sendo o Reino Unido a maior fonte de ajuda bilateral ao país.

os resultados dos apoios são quase nulos. Inequivocamente, até hoje, o ambiente fiscal moçambicano continua a caracterizar-se por uma forte dependência em ajuda externa.

O Banco Mundial e os Doadores, com base nos resultados dos indicadores de desenvolvimento em Moçambique (por exemplo os índices de percepção da boa governança – a burocracia, corrupção e Estado de Direito) e constrangida com a componente forte de dependência em ajuda externa, à luz da Declaração de Paris de 2005 sobre a eficácia da ajuda, partiram para uma maior harmonização e alinhamento da assistência humanitária.

No âmbito desta harmonização e alinhamento da ajuda externa, os doadores – Parceiros de Apoio Pragmático (PAPs)⁴⁴⁹ e o Governo de Moçambique - assinaram dois Memorandos de entendimento: o primeiro em 2004 cujo enfoque eram os princípios da parceria bilateral e multilateral e os compromissos para melhoria da qualidade dos Programas de Ajuda Humanitária; o segundo incidiu sobre a redução da pobreza ou seja no apoio ao orçamento do Estado, com o intuito de alcançar os objectivos de redução da pobreza e os objectivos de desenvolvimento do Millennium em Moçambique.

Portanto, dentro desta conjuntura económica e face aos resultados negativos no terreno, a nova estratégia dos doadores – a harmonização e o alinhamento da ajuda externa - manifesta nos memorandos de entendimento entre o Governo de Moçambique e os Parceiros Estratégicos⁴⁵⁰ - vai incidir sobre um novo paradigma – a governança⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ O PAPs é constituído por Banco Africano de desenvolvimento, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Comissão Europeia, Finlândia, França, Alemanha, Países baixos, Irlanda, Itália, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido, Banco Mundial e Austrália. Os Estados Unidos da América e as Nações Unidas aderiram como Membros Associados em 2009.

⁴⁵⁰ O governo entende que a harmonização das ajudas vai estabelecer um equilíbrio nos vários programas de desenvolvimento. Todavia, este é da opinião que devia haver um aumento da proporção de fundos canalizados através da Conta Pública do Tesouro, principalmente através do Apoio Geral ao Orçamento. A dispersão de financiamento de ajuda externa, ou seja, fora do processo orçamental do Estado é apontada como prejudicial na gestão pública, pois não permite o governo definir prioridades, planear, orçamentar, monitorar e avaliar o que não está nas suas mãos.

⁴⁵¹ O Conceito de governança foi melhor caracterizado no n.º3, do artigo 9º, do acordo de Parceria de Cotonu – acordado conjuntamente pelos Estados ACP signatários e pela UE: *“Num contexto político e institucional que respeite os direitos humanos, os princípios democráticos e o Estado de Direito, a boa governança consiste na gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, económicos e financeiros, tendo em vista um desenvolvimento sustentável e equilibrado. A boa governança implica processos de decisão claros a nível das autoridades públicas, instituições transparentes e responsáveis, o primado do Direito na gestão e na distribuição dos recursos e no reforço das capacidades no que respeita a elaboração e aplicação de medidas especificamente destinadas a prevenir e a combater a corrupção”* Vide, o Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento

A governança passa a desempenhar um papel importante para aferir os programas de cooperação quanto aos instrumentos de redução da pobreza e os ODM.

Para o efeito das ODM, os doadores inverteram a dinâmica ou estratégia de ajuda, doravante baseada em estratégias e políticas promovidas pelos próprios países, reconhecendo e valorizando as autoridades nacionais e responsabilizando-os automaticamente⁴⁵².

Assim, a governança de um país e os seus indicadores de avaliação passam a ser a pedra angular para aferir a qualidade e o desempenho do sistema político administrativo⁴⁵³.

Os doadores e em especial a UE entenderam que *“a boa governança é fundamental para a eficácia da assistência ao desenvolvimento e para a realização dos objectivos pelos quais devemos lutar”*⁴⁵⁴.

É dentro desta percepção que o Banco Mundial define que um governo transparente e um sistema judiciário eficiente constituem dois dos pilares da *Comprehensive Development Framework*⁴⁵⁵.

A harmonização e o alinhamento da ajuda externa ao abrigo da Declaração de Paris de 2005 sobre a Eficácia da Ajuda, conduziu a assinatura de um memorando entre o Governo de Moçambique e o Grupo de Parceiros de Apoio Pragmático (PAPs).

Este memorando aponta como principais objectivos da ajuda ao Governo de Moçambique, a redução da pobreza e os ODM. Para o efeito, a corrupção é apontada como um dos principais obstáculos para a redução da pobreza e para o desenvolvimento.

Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento/ *Com /2003/0615 final*/, op. cit. p. 2.

⁴⁵² Vide, a nota escrita por especialistas, Stephen Knack (Economista sénior e pesquisador, Grupo do Sector Público, Red TREM e Grupo de Pesquisa sobre o Desenvolvimento) e Nick Manning (Especialista Sénior em Gestão do Sector Público, Grupo do Sector Público, Rede TREM) cujo título é: Obtenção de Indicadores de Governança mais Relevantes e Operacionais, in <http://www1.worldbank.org/prem/premnotes/pr/premnote49p.pdf>, acedido no dia 13 de Janeiro de 2014.

⁴⁵³ Embora alguns especialistas sustentem que os indicadores de governança não produzem um impacto substancial nas políticas do governo ou nas reformas propostas por doadores e instituições financeiras internacionais.

⁴⁵⁴ Vide, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento/ *Com /2003/0615 final*/, op. cit. p. 2.

⁴⁵⁵ WOLFENSOHN, James D. 1999. *“A Proposal for a Comprehensive Development Frame-work”* in <http://www.worldbank.org/cdf/cdf-text.htm>

Embora a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção não defina o conceito de corrupção, este é caracterizado como o abuso do poder para fins privados ou seja como “*qualquer operação entre agentes dos sectores público e privado em que bens de utilidade pública se transformam, ilegalmente em ganhos privados*”⁴⁵⁶.

No âmbito da ajuda humanitária e ao desenvolvimento, Moçambique beneficiando de apoio da UE e na qualidade de parceira viu-se na contingência de reformar o seu pacote legislativo anti-corrupção para acomodar os dez princípios gerais na sua estratégia nacional contra a corrupção emanados da UE.

Estes princípios estão relacionados com a “*adopção de medidas preventivas e repressivas, o estabelecimento de código de conduta e incentivos para o sector privado e a elaboração de listas brancas*”⁴⁵⁷.

Moçambique, nos últimos anos, passou a pertencer ao grupo designado pelos doadores por pareceria eficaz.

Com este estatuto passou a beneficiar de ajudas financeiras para adopção e aplicação de políticas e programas de reforma a favor dos pobres⁴⁵⁸, reforçar a transparência, a responsabilidade e a eficácia das instituições do Estado (adopção de políticas de mercado aberto, reformas dos serviços públicos, a reforma da fiscalidade e da administração, os processos orçamentais e de auditoria, as estatísticas, etc.).

Todavia, apesar destas reformas o Banco Mundial e o Banco Africano de Desenvolvimento nos seus relatórios⁴⁵⁹ colocam Moçambique abaixo da linha da pobreza, por exemplo em 2011, este posicionava-se em 126º lugar, de entre 183 economias, na facilidade de fazer negócios.

⁴⁵⁶ Vide, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento/ *Com /2003/0615 final*/, op. cit. p. 6. Definição feita por Programa mundial de luta contra a corrupção das Nações Unidas.

⁴⁵⁷ Ibidem, p.7

⁴⁵⁸ O Governo de Moçambique, em 1999, face a pobreza absoluta que afecta cerca de 70 por cento da população, desenvolve um Plano de Acção para a Redução da Pobreza Absoluta – PARPA que define as acções e prioridades para serem implementados em diferentes níveis e diferentes sectores. Do PARPA I seguiu o PARPA II e o PARP.

⁴⁵⁹ Vide os Relatórios: The International Bank for Reconstruction and Development, Doing Business 2011, Mozambique: Making a difference for Entrepreneurs, Banco Mundial e International Finance Corporation, 2010 e African Development Bank Group and the Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development, African Economic Outlook 2009, descarregado de <http://africaneconomicoutlook.org.2009>.

A governança na sua vertente de burocracia, corrupção, tráfico de influência e legislação laboral rígida continua a retrair os investidores nacionais e estrangeiros.

O Governo de Moçambique constrangido com os resultados e face aos compromissos com os doadores, estabeleceu algumas medidas preventivas, tais como, códigos de conduta para os funcionários de Estado e através da Lei n.º 4/1990, de 26 de Setembro, estabelece normas de conduta, deveres e direitos dos dirigentes superiores do Estado.

4.5.2. A legitimidade das normas internacionais de ajuda ao desenvolvimento ou humanitárias impostas aos países beneficiários como condição à elegibilidade para a ajuda

O problema da legitimação democrática assenta em dois axiomas básicos do pensamento político: i) o governo de um sobre o outro não pertence ao estado da natureza e portanto precisa de ser justificado; ii) tal governo só pode ser justificado na medida em que ele promova os valores fundamentais de liberdade e igualdade dos seus cidadãos.

A questão da legitimidade e legitimação é coevo da própria organização social e humana.

O mote que ditou esta organização social – o contracto social - esteve desde o início assente na incapacidade humana de *per si* suprir as suas necessidades básicas e da sua sobrevivência ou seja foi ditada pela necessidade da salvaguarda e de garantias dos valores mais altos da dignidade humana – os direitos fundamentais.

A história das sociedades e Estados mostrou tão cedo a fragilidade dos sistemas clássicos fundados na soberania do Estado/nação.

Estes sistemas ou modelos não conseguiram produzir os valores almejados pela civilização e cidadãos no geral: a segurança, a justiça e o bem-estar social⁴⁶⁰. Por outro

⁴⁶⁰ Peter Badura foi contundente ao afirmar que o princípio motor e a legitimidade da União resultam do facto de o Estado, pela mera mobilização dos seus recursos vitais, ser incapaz de salvaguardar e garantir a liberdade, justiça, o bem-estar, devido ao desenvolvimento económico e político na Europa e as relações globais. Vide, BADURA, Peter (2004) A identidade nacional dos Estados membros na constituição da Europa – Uma Constituição para a Europa, Almedina, p.74.

lado, na busca do bem-estar social vimos os povos e Estados que se uniram e outros que se expandiram pelos continentes a busca de recursos para suprir a suas necessidades.

Nesta luta desenfreada da busca do bem-estar houve povos que foram bem-sucedidos e muitos outros não. Esta realidade dividiu o mundo criando duas esferas: uma dos abastados e outra dos miseráveis ou seja numa linguagem política de então criou o norte e o sul.

O homem despertando à razão e à sua consciência cai na conta da imprescindibilidade do outro para a sua própria existência e vivência humana. Este assume a sua condição existencial e entende que resgatando o outro resgata-se a si próprio.

Foi dentro deste espírito altruísta e existencialista que vimos o mundo a erguer-se e unir-se em várias frentes para resgatar o homem e a si próprio. Foi e continua a ser dentro deste mote que se justificam os vários movimentos humanistas, de promoção dos direitos humanos e igualdade entre os povos e, foi dentro do mesmo espírito que nasce uma das maiores organizações de então – Organização das Nações Unidas - e tantas outras em prol dos mesmos objectivos e ideias humanistas e existencialistas.

Tendo o mundo evoluído para uma sociedade globalizada e globalizante, para a materialização destes ideais humanistas entendeu a comunidade internacional resgatar as economias dos países que até então não conseguiram oferecer ao homem a dignidade que lhe é devida pela sua simples condição de ser homem.

Tem sido e aquando deste resgate humanista que os cidadãos dos países em desenvolvimento insurgem-se e apoquentam-se com o medo da perda da sua soberania para uma instituição ou organizações distantes de si e menos democráticas, quando estas impõem as normas de ajuda ao desenvolvimento ou humanitária como condição à elegibilidade da ajuda.

O acolhimento destas normas que, *a priori*, visam criar bases e estruturas para o desenvolvimento da economia e com esta o bem-estar social, não tem sido de todo pacífico quando este afecta directamente e negativamente o concreto das vidas dos cidadãos.

Este fenómeno fez crescer a inquietação nos Cidadãos e os mais críticos insurgem contra o Governo colocando o problema sobre a soberania e democraticidade legiferante.

A tradição jurídica internacional, desde muito cedo, colocou no povo ou no seu representante o poder legiferante.

O exercício deste poder por uma outra entidade quer nacional, quer estrangeira ou supranacional tem levantado problemas sérios de *violação* de princípios fundamentais das Constituições nacionais, intangíveis pelo próprio poder constituinte – o tabu constitucional.

No caso concreto sobre as normas de ajuda ao desenvolvimento ou humanitária que veiculam nos ordenamentos dos estados ajudados têm levantado problemas clássicos de soberania ou de ingerência e de auto-determinação legislativa.

O problema não se coloca tanto no âmbito formal da sua legalidade ou da legitimação democrática, mas sim da legitimidade.

A legitimidade e a democraticidade estiveram sempre relacionadas às competências e às regras consagradas para o exercício da autoridade política dentro de um Estado/nação.

Estas regras ou princípios de legitimação constituem instrumentos de garantia e salvaguarda das liberdades e direitos fundamentais.

Portanto, podemos falar da legitimação democrática do exercício do poder quando a entidade e a autoridade política exercida deriva da soberania do povo e exercido dentro de um princípio democrático.

Com a formação das instituições liberais e democráticas, o Estado passa a ser definido com base em elementos jurídicos por se entender antes ser uma realidade social e política. Aqui a composição do Estado já não perfilha a tríade clássica (território, povo e poder) passando a possuir muitas vezes só a unidade jurídica⁴⁶¹.

Com o surgimento do iluminismo, época por excelência do racionalismo essencialmente humanista e antropocêntrico, dá-se a sedimentação dos alicerces do poder político que se transformou num paradigma da legitimidade jurídico-política no Ocidente.

⁴⁶¹ Ibidem., p.141

Com o contratualismo liberal de John Locke - em que os cidadãos abdicam de uma pequena parcela da sua liberdade para que possam desfrutar da restante parte em segurança – funda-se e legitima-se o poder, o *quantum* de restrição necessária para salvaguarda da ordem de liberdade.

Finalmente, com a grande movimentação no tocante a declaração de direitos fundamentais⁴⁶² comuns a todo o homem que culminaram com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* proclama-se a dignidade e igualdade humana perante a lei, de liberdade de pensamento e de governo democrático que são hoje considerados os princípios básicos de ética política e social do nosso tempo.

Este fenómeno consciencializou e mobilizou política e juridicamente os cidadãos ao problema da legitimidade e da democraticidade das decisões que afectam os seus direitos e liberdades.

Com Weber o conceito de legitimidade ganha novas acepções, passando a ser aferido em função das razões ou motivos subjacentes para o acatamento do poder. Segundo este autor, “*o poder costuma antes assentar internamente em razões da sua legitimidade, e o abalo desta fé legitimadora costuma ter consequências de vasto alcance*”⁴⁶³.

Weber explica as razões ou a fé legitimadora do poder através da sua construção tripartida do poder:

- i) *o poder tradicional* - a pessoa é obedecido por força da sua dignidade imposta pela tradição como sagrada. As ordens por ele ditadas devem estar em conformidade com a tradição, de outro modo poriam em perigo a legitimidade;
- ii) *o poder legal* - a pessoa é obedecida em razão do estatuto que lhe é conferido pela lei, criada por um corpo administrativo (cidadãos). A

⁴⁶² Movimentações que encontraram o ponto de partida na Magna Carta de 1215, a Petição de Direitos (1628), Bill of Rights (1689), a Declaração dos Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 18 de Agosto de 1789.

⁴⁶³ WEBER, Max, *Três tipos de poderes e outros escritos*, (Tradução de Artur Morão), Tribuna, 2005, p.19.

legitimidade é determinada pelo exercício do poder dentro das regras estatutárias e das competências objectivas;

(iii) *o poder carismático* – a pessoa é obedecido pela admiração e pelas suas qualidades consideradas fora do habitual (carisma). A legitimidade é-lhe conferida enquanto possuidor destas qualidades carismáticas⁴⁶⁴.

Portanto, a legitimidade das organizações do Direito Internacional Público é caracterizada como legitimidade formal ou indirecta de acordo com a classificação descrita acima.

Esta legitimidade funda-se na legalidade e no reconhecimento de autoridades legitimadas – os Estados-membros – e circunscreve-se dentro da democraticidade interna das instituições internacionais.

Este modelo de legitimidade envolve fundamentalmente os Estados e é determinado muitas vezes por regras de Direito instituídas.

As novas organizações internacionais de integração – União Europeia, Mercosul, União Africana, Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC⁴⁶⁵) – a sua estrutura e natureza funcional diferem por muito das organizações do Direito Internacional Público. Esta última, o seu sujeito principal é o Estado, enquanto aquelas envolvem directamente os Estados e os cidadãos/povos.

Portanto, o problema da legitimidade das normas da ajuda ao desenvolvimento ou humanitária não se coloca, no caso de um país africano, quando estas imanam da SADC ou da União Africana visto que a legitimidade destas derivam dos Estados-membros e nos povos africanos ou seja circunscreve-se dentro de duas legitimidades e duas soberanias: por um lado a legitimidade e soberania dos Estados-membros e por outro a legitimidade e soberania dos povos africanos.

O problema surge quando as normas de ajuda ao desenvolvimento ou humanitária que emanam de instituições financeiras, multinacionais, doadores e organizações humanitárias e de desenvolvimento.

⁴⁶⁴ Ibidem, pp. 22-26.

⁴⁶⁵ Sigla em Inglês (South African development Community)

Estas normas não são Convenções, Acordos, Directivas ou Protocolos que vinculam os Estados por serem partes. De acordo com o Direito de Integração, as normas oriundas das Convenções são vinculativas e de aplicação directa pelas autoridades dos Estados-membros, isto é, têm uma força idêntica à dos Tratados.

Os protocolos têm carácter vinculativo e não produzem o efeito directo. Estas requerem uma actividade legislativa de transposição por parte dos Estados e visam a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros.

Portanto, as normas de ajuda ao desenvolvimento ou humanitária não caem dentro destas tipologias. Todavia, não sendo estas vinculativas e nem produzem efeitos directos, embora aceites, dada a fragilidade e a vulnerabilidade do Estado ajudado, não podem ser consideradas legais e nem moralmente legítimas, por não observância ao princípio da liberdade legislativa.

A consciência jurídica universal face aos direitos fundamentais leva-nos a concluir que não é aceitável aprovar como legal uma conduta abstraindo-se da sua ordem moral. Não obstante, a base última de uma obrigação internacional para a ajuda ao desenvolvimento ou humanitária provém da ordem moral.

As Nações Unidas, através do Fórum de Alto Nível⁴⁶⁶, no âmbito da Declaração do Millennium e dos Objectivos de Desenvolvimento do Millennium, para reverter este *modus operandi* das Organizações internacionais de ajuda ao desenvolvimento ou humanitária legalmente e legitimamente controversas, estabeleceram uma nova modalidade de acção ou normas de ajuda ao desenvolvimento ou humanitária através da Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento assente em alguns pressupostos ou princípios, tais como: “*Apropriação*” – os países parceiros devem exercer liderança efectiva sobre as suas políticas e estratégias de desenvolvimento e assegurar a coordenação das acções de desenvolvimento; “*Alinhamento*” – os doadores devem alinhar as suas normas de ajuda ao desenvolvimento com as “*estratégias*

⁴⁶⁶ Composto por ministros dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, responsáveis pela promoção de desenvolvimento, e directores de instituições multilaterais e bilaterais de desenvolvimento, reunidos em Paris em 2 de Março de 2005.

nacionais de desenvolvimento, instituições e procedimentos dos países parceiros”⁴⁶⁷; “*Harmonização*”- os doadores devem aplicar “*disposições comuns à escala Nacional para planear, financiar, desembolsar, supervisionar, avaliar e informar o governo sobre as actividades dos doadores e os fluxos da ajuda*”⁴⁶⁸.

Para o efeito foi recomendado a modalidade da ajuda baseada em programas; “*Responsabilidade Mútua*” – os doadores e parceiros devem “*reforçar a sua responsabilidade para com os seus cidadãos e parlamentos no que respeita as suas políticas e estratégias de desenvolvimento, bem como aos resultados obtidos*”⁴⁶⁹; “*Gestão Centrada nos Resultados*” – os parceiros e doadores devem gerir os recursos e melhorar a tomada de decisões centrada nos resultados. Não obstante, os doadores devem “*abster-se de solicitar a adopção de indicadores de desempenho que não estejam de acordo com as estratégias nacionais de desenvolvimento dos países parceiros.*”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Cfr., o Indicador 3, da Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento.

⁴⁶⁸ Ibidem, Indicador 9.

⁴⁶⁹ Ibidem, Ponto 4.

⁴⁷⁰ Ibidem, Ponto 45.

4.6. Direito Internacional Regional e a Ordem Jurídica Global

O desenvolvimento da ordem jurídica internacional geral ditou a especialização e a expansão do Direito Internacional, quer quando ao conteúdo material, quer quanto ao espaço jurídico territorial.

Esta especialização ou expansão do Direito Internacional é hoje caracterizada e designada por fragmentação jurídica. Este fenómeno jurídico permitiu o desenvolvimento de vários regimes jurídicos, tais como: internacional geral, transnacional, privadas e autónomos; a multiplicação de órgãos judiciais e quase judiciais e; a emergência do - *soft law* - Direito flexível ou programático, cujo fundamento se distancia do *jus cogens*, baseado em directivas de cumprimento não obrigatórias ou seja não imperativas⁴⁷¹.

O Direito Internacional Regional emerge dentro da evolução e do desenvolvimento da ordem jurídica internacional geral que compreende o sistema de integração jurídica intermédia de produção, implementação e controle de normas jurídicas internacionais.

O sistema de integração jurídica manifesta-se ao nível sectorial, regional e global. Designa-se por sistema de integração sectorial quando abrange vários estados ou sujeitos do Direito Internacional que compreende um tema específico.

O sistema de integração é regional quando congrega um grupo limitado de estados sobre vários temas ao mesmo tempo.

Estes dois sistemas não são senão subsistemas ou etapas para a integração internacional global, no âmbito da política neoliberal da globalização ou mundialização.

As relações entre os Estados ditaram desde cedo a necessidade de cooperar ou juntar esforços para suprir as suas insuficiências internas, quer no âmbito militar, económico, político ou social.

⁴⁷¹ CASTANHEIRA, Fernando Henrique, Fragmentação do Direito Internacional e Law Making no Campo Jurídico Internacional Contemporâneo, in Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n.º 25, p.63-78, 2009, p. 63.

Depois das guerras mundiais os estados estreitaram as relações internacionais para a manutenção da paz que se pretenda duradoura e cujo antídoto é o desenvolvimento económico e o bem-estar social.

Um dos exemplos de integração jurídica internacional, nos anos cinquenta, são as Comunidades Europeias, a saber: Comunidade Europeia de Carbono e de Aço (CECA); Comunidade Económica Europeia (CEE) e; Comunidade Europeia de Energia Atómica (EURATOM).

Estes tipos de organizações internacionais destacam-se das organizações internacionais clássicas por possuírem poderes mais abrangentes cujas normas vinculam todos os Estados-membros e aplicáveis directamente nas ordens jurídicas internas dos países.

O sistema de integração sectorial e regional ganhou mais dinâmica depois da guerra fria com as políticas económicas neoliberais que colocam o Estado fora do controlo das relações internacionais.

Esta realidade ditou, por um lado, a emergência dos blocos económicos e, por outro, os sistemas de integração jurídico-políticos regionais em construção e em franco desenvolvimento.

No âmbito comercial, até 2012, foram registadas mais de quinhentos sistemas de integração só dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC)⁴⁷².

As organizações de integração regionais caracterizam-se por serem ordens jurídicas distintas e autónomas das ordens jurídicas dos seus Estados membros comunitários.

Os Tratados destas organizações de integração instituem-se como ordens jurídicas próprias e impõe-se as jurisdições internas dos seus Estados membros. Não obstante, os actos praticados por estas organizações de integração regionais não são imputáveis aos Estados mas as próprias organizações⁴⁷³.

⁴⁷² VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do direito..., op. cit. p. 106.

⁴⁷³ CRETILLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 316.

As organizações de integração regionais impõem-se dentro de um novo modelo ou sistema de organização ao se distanciarem dos sistemas clássicos, tais como: territórios, Estados, nações e federações. Estas instituem-se ou organizam-se dentro de uma nova concepção, a saber: espaços, comunidades, uniões e de governança supranacional⁴⁷⁴

4.6.1. Os Desafio do Direito de Integração Regional e o Direito Internacional Global

A emergência e o desenvolvimento do Direito de Integração Regional é uma realidade não reversível dentro da conjuntura internacional global.

Este fenómeno é descrito como uma ameaça ou desafio à soberania dos estados na arena nacional e internacional.

Este fenómeno surge como uma erosão da soberania dos Estados e criou uma ruptura no sistema internacional das relações estaduais, no âmbito do “Direito das Gentes”. Não obstante, o fenómeno de integração regional fez emergir uma nova concepção do poder soberano dentro das exigências da evolução e das políticas neoliberais na sociedade global.

As organizações de integração regionais fizeram emergir na arena internacional novas formas e tipos de relações internacionais distintas das do Direito Internacional geral. Estas, uma vez instituídas, a partir do poder soberano dos Estados, sobrepõem-nas e esvaziam as suas soberanias, passando a ostentar diversas capacidades e competências soberanas.

Na verdade, mesmo que a soberania seja atribuída ou transferida politicamente, esta fica cedida juridicamente. Não obstante, os Estados podem reavê-la quando assim o entendam. Todavia, a experiência das crises vividas, por exemplo, recentemente na União Europeia (França, Itália, Espanha, Portugal e Grécia) mostraram quão difícil, senão impossível, o recesso.

⁴⁷⁴ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do direito..., op. cit. p. 114.

O Direito de Integração Regional dada a sua característica e pressupostos tem colocado desafios nas suas componentes normativas e jurisdicionais, dentro da ordem jurídica internacional geral, a saber:

1 - Quanto à componente normativa, as controvérsias relacionam-se com a forma de produção das suas normas. Contrária ao sistema internacional clássico, que primava pelo consenso, no Direito de Integração Regional, por exemplo na União Europeia, as matérias cruciais como o meio ambiente, economia, comércio exterior e outras, a sua adopção é por maioria qualificada e as questões processuais por maioria simples⁴⁷⁵.

Um outro desafio recorrente prende-se com o propalado défice democrático dentro das instituições ou órgãos do Direito da Integração Regionais. O problema da relação entre o legislador e os cidadãos destinatários das normas.

As instituições legislativas, executivas e judiciárias dentro do Direito de Integração Regional são escolhidas de forma indirecta. Esta prática levanta o problema da legitimação democrática de actos jurídicos no Direito da Integração Regional.

Na verdade, esta constatação impõe-se como um desafio ao abrigo da concepção clássica do Direito Internacional Geral.

De facto, nesta perspectiva, a legitimidade das organizações do Direito Internacional Público é caracterizada como legitimidade formal ou indirecta, porque *“baseada no modelo das instituições internacionais, derivada, por um lado, da legalidade, e do reconhecimento por parte de outras autoridades legitimadas”*⁴⁷⁶.

Esta legitimidade funda-se nos Estados-membros – e circunscreve-se dentro da democraticidade interna das instituições internacionais.

Este modelo de legitimidade envolve fundamentalmente os Estados e é determinado muitas vezes por regras de Direito instituídas. Pelo contrário, as novas organizações internacionais de integração a sua estrutura e natureza funcional diferem por muito das organizações do Direito Internacional Público. Esta última, o seu sujeito

⁴⁷⁵ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do direito..., op. cit. p. 115.

⁴⁷⁶ BEETHAM, David e Lord, Christopher (1998) legitimacy and European Union, apud REBELO, Marta (2005) Constituição e legitimidade social da União Europeia, Almedina, p. 31.

principal é o Estado enquanto aquelas envolvem directamente os Estados e os cidadãos/povos.

Portanto, tomando como exemplo a União Europeia, um sistema de integração mais avançado, pode-se vislumbrar o seguinte: a União Europeia dentro dos seus objectivos⁴⁷⁷ distancia-se de uma organização internacional do modelo clássico e não se coloca dentro de uma federação de Estados. Embora o Tratado da União Europeia não defina claramente o que é a União, dispõe no seu artigo 1.º que a “*União funda-se nas Comunidades Europeias... e tem por missão organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-membros e entre os respectivos povos*”.

Gomes Canotilho viria a caracterizar a União Europeia como “*a complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos Estados integrados na União...*”⁴⁷⁸.

A União Europeia está edificada sobre a soberania dos Estados-membros e soberania dos povos europeus (cidadãos).

Portanto, a sua legitimidade deve ser encarada dentro de duas vertentes: legitimidade indirecta e directa.

Legitimidade indirecta e directa porque a legitimidade indirecta baseada nos modelos de instituições internacionais, por si só é insuficiente, tendo em conta as instituições e decisões investidas de autoridade da União Europeia.

Por outro lado, a legitimidade directa por si só seria insuficiente, tendo em conta ao processo decisório da União Europeia.

Portanto, a União Europeia de acordo com a sua arquitectura, a sua legitimidade deve ser encontrada nos Estados-membros e nos povos europeus, isto é a legitimidade democrática e legitimidade social.

Tendo em conta que a arquitectura da União Europeia assenta nos Estados-membros e nos povos europeus, a democracia supranacional adjacente circunscreve-se

⁴⁷⁷ Cfr., artigo 2.º, do Tratado da União Europeia.

⁴⁷⁸ CANOTILHO, Gomes J.J. (2004) Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª Edição, Almedina, p. 1324.

dentro de duas legitimidades e duas soberanias: por um lado, a legitimidade e soberania dos Estados-membros e por outro a legitimidade e soberania dos povos europeus⁴⁷⁹.

Portanto, o desafio internacional sobre o défice democrático das Organizações de Integração Regionais quanto a legitimação do seu poder legiferante, embora a crítica tenha cabimento ao abrigo do Direito Internacional Geral, não o tem dentro da nova ordem jurídica internacional global.

As organizações de integração regionais surgem como resposta a crise sem precedente da legalidade e legitimidade das organizações internacionais gerais e dos seus sujeitos, os Estados/nações, no momento em que estes demonstraram a sua incapacidade de prover ao cidadão quer a paz, quer o bem-estar económico e social.

Uma Instituição é legitimada não só porque perfilha os requisitos e ou porque está de acordo com os princípios legitimadores consagrados. Pelo contrário, esta auto-legitima-se quando almeja os seus objectivos ou fins últimos, no caso concreto – a dignidade humana.

Portanto, aferir a legitimação do poder legiferante das organizações de integração regionais através dos mecanismos ou modelos clássicos do Direito Internacional Geral ou dos seus sujeitos, os Estados/nações, seria a transferência da crise de legitimidade e legitimação jurídica destas para a nova ordem jurídica internacional global.

2 - Quanto à componente jurisdicional, várias vicissitudes contrastam o modelo de jurisdição internacional geral. O Direito de Integração Regional conta geralmente com o poder judiciário supranacional sobrepondo os tribunais nacionais. Não obstante, a relação entre estas duas jurisdições é subsidiária ou complementar com aberturas de margens nacionais de apreciação.

Esta estrutura jurisdicional das organizações de integração regionais tem colocado desafios quanto a sua coexistência com outros órgãos jurisdicionais no mesmo espaço jurídico internacional.

⁴⁷⁹ MARTINS, Guilherme D'Oliveira (2004) O Novo Tratado Constitucional Europeu, da Convenção à CIG, Gradiva, p. 15.

Por exemplo, na União Europeia, os Estados-membros da União possuem as suas jurisdições internas e estão vinculados a jurisdição da União, do Conselho da Europa e as do Direito Internacional Geral.

Esta relação de subordinação múltipla de jurisdições é apontada como possível foco de conflitos de coexistência entre as diversas jurisdições ou seja levanta desafios quanto a litispendência, compactibilidade, sobreposições ou adjudicação simultânea, interpretação de normas entre órgãos internacionais, instância de apelação e revisão.

Nesta coexistência jurisdicional dos vários órgãos e das várias esferas ou espaços jurídicos internacionais, a experiência da União Europeia mostra claramente um esvaziamento das capacidades e competências jurisdicionais dos Estados-membros, principalmente naqueles que apresentam maior tensão interna quanto as competências de unidades administrativas internas, por exemplo, tem sido notório na Espanha e na Bélgica⁴⁸⁰.

Dada a abertura da jurisdição do Conselho da Europa, por exemplo, quanto ao acesso directo das petições dos cidadãos ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, os desafios tornam-se muito maiores, por exemplo, quanto ao problema de litispendência e interpretação de normas entre os vários órgãos do direito internacional global.

Um dos desafios da coexistência normativa e jurisdicional prende-se com a múltipla subordinação ou vinculação dos Estados-membros das organizações de integração regionais, tomando-se como exemplo a relação ou a coexistência destas com o GATT 1994 e aos demais acordos da OMC.

Não é pretensão deste estudo trazer ao detalhe a longa e vasta jurisprudência sobre os desafios da coexistência entre estes dois espaços e ordens jurídicas internacionais⁴⁸¹. Os desafios sobre esta coexistência podem ser ilustrados através da relação entre o Direito da OMC e o Direito da União Europeia.

⁴⁸⁰ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do direito..., op. cit. p. 121.

⁴⁸¹ A análise detalhada dos litígios em volta desta polémica, por exemplo, envolvido a OMC e da União Europeia, pode-se consultar de entre outras fontes: BOURGEOIS, Jacques H.J. The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenges. In: The EU, the WTO and the NAFTA (Weiler, J.H.H. editor). Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 71-123; CRETELLA NETO, José (2012) Direito Processual na Organização Mundial do Comércio. Saraiva, São Paulo.

Os Estados-membros da União Europeia são partes da OMC e cada um tem a obrigação de incorporar os instrumentos no seu ordenamento jurídico interno de acordo com os mecanismos estabelecidos na sua Constituição. Não obstante, a União Europeia é membro originário da OMC e tem por obrigação incorporar o Direito da OMC, os seus anexos e consequentemente as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Body*).

Os Estados-membros da União Europeia, perante a mesma matéria estão sob duas jurisdições, da União Europeia e da OMC. Não obstante, de acordo com o Tratado, o Direito Comunitário para além de ser directamente aplicável tem primazia sobre o Direito dos Estados-membros.

Os Estados-membros pela força do Tratado não podem adoptar e nem estabelecer contratos internacionais que não estejam de acordo com o Direito da União Europeia. Sendo os Estados-membros da União Europeia também membros da OMC, deviam adoptar os instrumentos da OMC de acordo com os mecanismos estabelecidos nas suas Constituições.

Portanto, dada a primazia do Direito da União Europeia sobre os Direitos dos Estados-comunitários, o poder soberano destes quanto aos mecanismos da sua vinculação ficam diluídos acabando por sujeitarem-se à hegemonia do Direito da União Europeia.

Jacques H.J. Bourgeois⁴⁸² vai mais longe na sua análise quanto às competências da jurisdição da União Europeia no tocante aos instrumentos do GATT 1994 e dos acordos da OMC dentro da União e dos seus Estados-membros. Para o autor, o desafio emerge quanto a sua competência em matérias que exigem a participação conjunta dos Estados-membros da União Europeia nos chamados “*mixed agreements*”.

Para estas matérias complexas a jurisdição da União Europeia coloca-se numa situação delicada e pouco confortada. Todavia, uma das soluções para este desconforto seria a declaração da incompetência desta jurisdição em tratar estas matérias.

⁴⁸² BOURGEOIS, Jacques H. J. The European Court of Justice and the WTO: Problem and Challenges, Extracto in CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit. p. 344 e 355.

Não obstante, esta solução faria com que a União Europeia delimitasse as suas competências e as dos Estados-membros.

Esta solução seria objecto de muita crítica dada a permeabilidade das matérias e a dificuldade de estabelecer fronteiras. Por outro lado, esta solução pode criar no sistema jurídico uma incerteza jurídica visto que cada Estado-membro faria a sua própria interpretação sobre os instrumentos da OMC⁴⁸³. Por exemplo, pode-se citar as interpretações distintas protagonizadas pelo Tribunal Judicial da Comunidade Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁸⁴.

Um outro desafio da jurisdição da União Europeia prende-se com a determinação sobre as decisões da OMC que devem ser passíveis de serem executadas coercivamente através das jurisdições dos Estados-membros.

Até então, esta temática não reunia consenso e os Estados-membros podem não acatar justificando-se e escudando-se com base nos Tratados Internacionais e com os novos paradigmas da nova ordem jurídico-económica internacional assentes na globalização⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Ibidem, p. 345.

⁴⁸⁴ Veja os casos: *Grogan* - onde o TJCE não deu provimento a queixa do requerente, ou seja não analisou as eventuais ofensas ao direito de informação e a livre circulação de serviços de clínicas de aborto por ter considerado o requerente uma associação sem fins lucrativas e não prestador de serviços. A Corte Europeia de Direitos Humanos por sua vez entendeu que o artigo 40.3 da constituição Irlandesa (que reconhece o direito a vida do nascituro e obriga o Estado a defender tal direito) não poderiam ser invocado para impedir que clínicas de aborto britânicas divulgassem seus serviços. Não obstante, no caso “*Open Door and Dublin Well Woman*” (Julgamento de 29 de outubro de 1992), a Corte Europeia dos Direitos Humanos considerou a decisão da Suprema Corte Constitucional Irlandesa ser ofensiva ao direito de informação. Vide, SUDRE, Frederic. “*l’interdiction de l’avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Court européenne des droits de l’homme*”, 13 *Revue Française de Droit Constitutionnel* (1993), pp. 216 e seguintes. Um outro caso muito propalado de interpretação divergente é o caso *Konstantinidis* e as autoridades alemãs – quando o nome daquele foi mal traduzido pelas autoridades (mudança do nome) aquando do casamento com uma cidadã alemã. Aquele reclama o direito ao nome como direito fundamental. O TJCE absteve-se de apreciar a questão no âmbito do direito ao nome e concentrou-se nos prejuízos económicos causados por má tradução ou distorção do nome. Não obstante, a Corte Europeia de Direitos Humanos já tinha interpretado o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos humanos o direito ao nome como um Direito Fundamental ou seja o direito a vida privada e outrora decidira no caso *B. contra a França* ter havido violação do direito a nome quando esta não permitiu a alteração do nome de transsexual. Vide, o Tribunal de Justiça das comunidades Europeias, Caso *Konstantinidis*, C-168/91, Rec. 1993, pp. I-1191 e seq, em especial p. I-1211. E o a Corte Européia de Direitos Humanos, Caso *B contra França*, julgamento de 25 de Março de 1992, Série A n.º 232-C.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 345.

As organizações de integração regionais surgem como intermediações para a efectivação da mundialização ou seja da globalização. Para o efeito, estas organizações concentram-se em sub-regiões traçando dois vectores de coexistências normativas e jurisdicionais internacionais. Por um lado, desenvolve-se a coexistência entre as organizações de integração dentro da mesma região ou continente, por exemplo no plano horizontal, de entre outras, temos a UE, CEDEAO, SADC, MERCOSUL, NAFTA e ALENA.

Estas organizações de integração (regionais e sub-regionais) fogem a estrutura orgânica ou de coexistência piramidal, posicionando-se na linha horizontal e sem uma abóbada onde devem subordinar-se de acordo com a teoria de Hans Kelsen – *grundnorm* – a norma fundamental.

4.7. Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Global

Quando se pretende caracterizar a ciência penal internacional não pode distanciar-se das suas fontes tradicionais europeias do Direito Romano - *Constitutio Criminalis Carolina*.

Esta fonte, imposta pelas relações internacionais entre os sujeitos, permitiu o desenvolvimento de duas áreas dentro da ciência penal internacional, a saber: por um lado, o problema da coexistência entre as normas penais dos vários espaços jurídicos face a um ilícito criminal que afecta ambos espaços – Direito Penal Internacional; por outro lado, a regulação dos ilícitos criminais praticados pelos Estados e outros sujeitos do direito internacional quanto ao Direito das gentes, genocídios, pirataria, terrorismos e outros crimes extraterritorialidade – Direito Internacional Penal.

As fontes do Direito Internacional tradicional assentavam em regras e princípios básicos de coexistência entre os Estados sujeitos do Direito Internacional, a saber: o princípio de soberania jurisdicional, onde cada Estado possui o poder de julgar os crimes cometidos no seu espaço territorial.

A evolução das relações internacionais ditaram os princípios de personalidade activa (que permitiam que os Estados pudessem julgar os seus cidadãos fora do seu território) e da personalidade passiva (a prerrogativa de julgar crimes cometidos por seus cidadãos nos outros territórios).

O Direito Penal Internacional impulsionado pelos conflitos normativos entre os Estados e das relações diplomáticas e consulares conseguiu evoluir para uma ciência penal coesa, assente em fontes próprias (internas, comparadas e internacionais)⁴⁸⁶. Pelo contrário, o Direito Internacional Penal que lida com o Direito das gentes, a sua evolução e desenvolvimento encontrou constrangimentos por causa do poder soberano dos

⁴⁸⁶ O Direito Penal Internacional é hoje caracterizado pelo estudo de conflitos de Direito material e de Direito Internacional Privado.

Estados, consubstanciado no princípio de igualdade entre Estados e o de não ingerência nos assuntos dos outros Estados ou seja de não-intervenção.

A conjuntura internacional caracterizada por atrocidades vividas ao longo das guerras e o crescimento do ilícito criminal internacional, concretamente, o terrorismo, pirataria, escravatura, conflitos armados, ditou a consagração do princípio de extraterritorialidade e de universalidade, este último estabelecido pela primeira vez nas Convenções de Genebra de Direitos Humanitários (1949).

O Direito Internacional Penal, embora coevo às relações internacionais ou seja ao Direito Internacional, é caracterizado por uma lenta construção e desenvolvimento, com avanços, recuos e resistências. Não obstante, a História do Direito Internacional foi acompanhada por sanções penais contra sujeitos e indivíduos violadores das normas internacionais.

Apesar dos esforços da comunidade internacional na responsabilização dos infractores e a punição do ilícito internacional, o fim da II Guerra Mundial marcou uma viragem e um novo paradigma no desenvolvimento do Direito Internacional Penal.

Os ilícitos criminais, tais como, a pirataria em alto-mar, o tráfico de escravo, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, o genocídio, o apoderamento ilícito de aeronaves, o terrorismo e outros, remontam da antiguidade cuja repressão assentava no costume internacional.

Para a prevenção e protecção dos sujeitos do Direito Internacional e da comunidade internacional em geral, a sociedade internacional adoptou instrumentos, tipificando os ilícitos criminais e as suas respectivas sanções.

A sociedade internacional conta hoje com normas estabelecidas em Convenções Internacionais, tais como: o Acto de Berlim, de 1885; Acto Antiescravagista de Bruxelas, de 1890; Convenção de Chicago, de 1944, relativa a aeronaves; Convenção de Genebra sobre o Alto-Mar, de 1958 e a Convenção de Montego Bay, de 1982, relativos a pirataria em alto-mar; Convenção contra Escravatura concluída pelo Conselho Económico e Social da ONU, de 1956; Convenções de Paris contra a Escravidão ou tráfico de Mulheres e de Crianças, de 1904 e 1910, respectivamente; Convenção de Haia, de 1970, captura ilícita

de aeronaves; Convenção de Montreal, de 1971, relativa a ilícitos contra a segurança da aviação civil internacional; Protocolo de Montreal, de 1988, contra violência praticada nos aeroportos⁴⁸⁷.

A nova conjuntura internacional ditada pelo fim das guerras mundiais culminou com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os vastos instrumentos internacionais desenvolvidos neste âmbito e no âmbito do Direito Humanitário.

Esta realidade ditou uma nova filosofia quanto à violação e protecção dos Direitos Humanos e Humanitários que, na essência, são direitos protegidos pelo Direito Internacional Penal.

Jorge Bacelar Gouveia vai mais longe quando afirma que o Direito Internacional Penal é hoje: algo indiscutível e que tem contribuído para derrubar regimes ditatoriais, além de ser uma das principais alavancas da globalização civilizacional⁴⁸⁸.

Não obstante, ficou na história os julgamentos, de entre outros, dos crimes praticados pelos Estados Alemão e Japonês através dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, assim como de vários indivíduos acusados de crimes de guerra ou genocídio, pelos tribunais nacionais dos países onde se tinham refugiado⁴⁸⁹.

Também ficou na história o triste fracasso do Tribunal de Leipzig, depois da primeira guerra mundial, onde os interesses políticos falaram mais alto que a justiça como um valor universal⁴⁹⁰.

A emergência da Organização das Nações Unidas na arena internacional para responder os desafios sobre a prevenção e manutenção da paz ditou uma viragem no Direito Internacional Penal.

⁴⁸⁷ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 667.

⁴⁸⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2008) Direito Internacional Penal – Uma Perspectiva Dogmático-Crítica, Almedina, Lisboa, p. 101.

⁴⁸⁹ Destaca-se, de entre outras, o caso de Adolf Eichmann, julgado pela Justiça de Israel, em 1961, e de Klaus Barbie, julgado por tribunais franceses, em 1983. Vide, CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 664.

⁴⁹⁰ O Tribunal de Leipzig criado para ultrapassar as divergências internacionais de extradição, onde a Holanda recusou a extradição do Imperador Guilherme II e a Alemanha os seus militares, por entenderem que as acusações a eles sujeitos serem de ordem política e não jurídica. Este Tribunal só julgou doze indiciados em dois anos.

Várias iniciativas e acções foram adoptadas sob a égide das Nações Unidas, a título ilustrativo, no início, a saber, a criação em 1946 da Comissão do Direito Internacional (ILC)⁴⁹¹ que permitiu a formulação dos “Os Sete Princípios do Tribunal de Nuremberga”, em 1950. Em 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime do Genocídio.

Este instrumento já previa a criação de um Tribunal Penal Internacional. Não obstante, estas iniciativas foram “congeladas” dada a conjuntura internacional ditada pela guerra fria. Perante estes factos, a comunidade internacional não baixou os braços, pelo contrário, arregaçou as mangas e unindo esforços avançou com novas acções no reforço do Direito Humanitário de Guerra que sob os auspícios do Comité Internacional da Cruz Vermelha que adoptou na Conferencia de Genebra de 1949, as Convenções revistas sobre os enfermos, os feridos, os prisioneiros e a Convenção sobre a protecção à população civil em tempos de guerra.

Os constrangimentos impostos pela Guerra Fria para a não adopção dos instrumentos normativos e jurisdicionais no âmbito do Direito Internacional Penal, não impediram as Nações Unidas no cumprimento das suas obrigações estatutárias de garantir a paz e a segurança internacional.

Para o efeito, perseguindo as atrocidades cometidas na ex-Jugoslávia e no Ruanda, no âmbito dos Direitos Humanos e Internacionais Humanitários, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, através das resoluções n.º 827 de 25 de Maio de 1993 e n.º 955, de 8 de Novembro de 1994 respectivamente, estabeleceu os Tribunais Internacionais *ad hoc* para estes territórios.

Esta decisão unilateral do Conselho de Segurança das Nações Unidas baseada no Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, supera o princípio clássico das relações internacionais ou seja do direito internacional geral baseado no consentimento estatal.

O fim da guerra fria permitiu que, em 1982, a Comissão do Direito Internacional retomasse as suas actividades de codificação dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional.

⁴⁹¹ ILC é a sigla de denominação inglesa de International Law Commission.

Dez anos mais tarde, em 1991, a ILC apresentou aos Estados membros uma nova formulação do então projecto de codificação para parecer destes e em 1994 a proposta de um Estatuto para o Tribunal Penal Internacional.

Depois de várias conferências preparatórias, eis que na Conferencia de Roma de 1998 foi aprovado o Tratado de Roma, no dia 17 de Julho de 1998, e estabelecido o Tribunal Penal Internacional.

Os Estatutos de Roma do Tribunal Penal Internacional marcam uma viragem na então ideia do Direito Internacional e concepção de justiça internacional.

Três características principais ressaltam quanto a nova ideia de justiça internacional, quanto aos princípios, a jurisdição e as competências, a saber:

1. Quanto aos princípios ressaltam os seguintes: i) o indivíduo passa a ser o sujeito do Direito Internacional cuja conduta é responsabilizada individualmente perante o Direito Internacional mesmo que as leis nacionais sejam contrárias. Para o efeito, a *“responsabilidade criminal das pessoas singulares em nada afectará a responsabilidade do Estado, de acordo com o Direito Internacional”*⁴⁹²; ii) as pessoas oficiais revestidas de imunidade nacional ou internacional, quer sejam Chefes de Estados ou de Governos, membros de Governos ou representantes destes, assim como os Parlamentares não serão eximidos de responsabilidade criminal e nem constituirá de per si motivo de redução da pena⁴⁹³.
2. Quanto à jurisdição: o Tribunal Penal Internacional exerce a sua jurisdição no *“território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado”*⁴⁹⁴. Não obstante, mesmo os Estados terceiros e os respectivos cidadãos, em caso de violação dos direitos internacionais

⁴⁹² Cfr., n.º 1 e 4, do artigo 25º, dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional.

⁴⁹³ Cfr., n.º 1 e 2, do artigo 27º, dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional.

⁴⁹⁴ Cfr., n.º 2, do artigo 4º, dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional.

humanos e humanitários, podem cair na jurisdição do Tribunal Penal Internacional através da queixa apresentada pelo Conselho de Segurança.

3. Quanto à competência: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional estabelece 4 grupos de crime que entende ser os mais graves e que afectam a comunidade internacional, a saber: a) os crimes de genocídios; b) os crimes contra a humanidade; c) os crimes de guerra; e d) os crimes de agressão⁴⁹⁵.

4.7.1. Os Desafios do Direito Internacional Penal e a Ordem Jurídica Internacional Global

Os Estatutos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (1993) e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994) criaram um precedente, uma viragem e uma nova ordem jurídica internacional.

Estes Estatutos concentraram-se em crimes de guerra, de genocídios e crimes humanitários, excluindo quase na totalidade os crimes contra a paz.

Esta clara opção de protecção dos crimes contra os Direitos Internacionais Humanitários constitui um sinal de quão preocupada está a comunidade internacional com a protecção dos valores mais altos da dignidade humana.

Esta preocupação ditou a deslocação do eixo de protecção outrora assente no poder e soberania dos Estados como sujeitos principais do Direito Internacional⁴⁹⁶ para os indivíduos como sujeitos dotados de direitos e obrigações para com a comunidade internacional, ou seja, na essência para com os Direitos Internacionais Humanos e Humanitários.

Os Estatutos dos Tribunais Internacionais Penais *ad hoc* adoptados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, ao abrigo do Capítulo VII da Carta, não só

⁴⁹⁵ Cfr. n.º 1, artigo 5º, dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional.

⁴⁹⁶ Veja os princípios estabelecidos nos Estatutos dos Tribunais de Leipzig, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberga e o Tribunal de Tóquio que na essência caracterizadas pelos interesses políticos e não da justiça humanitária.

estabeleceram uma nova ordem jurídica internacional quanto ao direito de intervenção, mas sobretudo uma nova filosofia do Direito Internacional Penal.

Até então e de acordo com a ideia do Direito Internacional clássico, o Direito Internacional Penal desenvolvia-se dentro de uma estrutura horizontal. Concebido dentro dos princípios clássicos do Direito das Gentes visando facilitar a extradição e o estreitar da cooperação entre os Estados Partes.

A nova ordem jurídica internacional ditou uma construção das normas do Direito Internacional Penal dentro de uma estrutura vertical e horizontal primando pelas relações entre os indivíduos, contrária a filosofia clássica assente nas relações entre os Estados.

Doravante os valores jurídicos protegidos resumem-se na paz, segurança e no bem-estar da humanidade⁴⁹⁷. Esta realidade faz do Direito Internacional Penal um instrumento de protecção internacional dos Direitos da Pessoa Humana⁴⁹⁸.

Um dos grandes desafios que se prende com o desenvolvimento do Direito Internacional Penal na nova ordem jurídica internacional é o fenómeno do terrorismo em tanto crime internacional e extraterritorial.

O terrorismo no Direito Internacional não é um crime novo, este remonta aos primórdios das manifestações humanas contra regimes ou na reivindicação de direitos políticos, sociais e outros.

O terrorismo como ilícito criminal, dada a sua manifestação difusa, foi considerado por António Cassese como um crime que engloba em simultâneo duas tipificações *sui generis*⁴⁹⁹.

Para o efeito, deve ser considerado como crime internacional autónomo como vem estabelecido por diversas Convenções específicas e ao mesmo tempo crime de guerra de acordo com a Convenção de Genebra de 1949 que proíbe actos de terrorismo cometidos contra civis passíveis de receber o estatuto de pessoas protegidas e, o Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, relativo à Protecção das Vitimas dos Conflitos

⁴⁹⁷ Cfr., §3, do Preâmbulo dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional.

⁴⁹⁸ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 802

⁴⁹⁹ CASSESE, António (2004) *Terrorism as na International Crime*, apud CRETELLA NETO, José, (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p.790.

Armados não Internacionais, de 1977, que proíbe os actos de terrorismo contra civis ou contra pessoas que não fazem parte do conflito armado interno⁵⁰⁰.

A classificação do terrorismo como crime de guerra ou crime internacional autónomo, de acordo com José Cretella Neto, levanta o problema sobre o regime jurídico aplicável e consequentemente a superposição entre o Direito Internacional Penal e o Direito internacional dos conflitos armados⁵⁰¹.

O fenómeno do terrorismo como ilícito penal não encontrou ao longo da história uma caracterização e uma conceptualização uniforme que permitisse a sua tipificação ou o seu enquadramento num dos ramos do direito internacional.

Esta dificuldade fez com que este não tivesse sido enquadrado de uma forma autónoma quanto às tipologias comuns, tais como, o crime de genocídio, o crime contra a humanidade e o crime de guerra.

Na verdade, o crime de terrorismo não sendo um ilícito novo no Direito Internacional, não devia ter criado dúvidas para a sua tipificação como crime autónomo nos Estatutos do Tribunal Penal Internacional.

A falta de uma definição universal ou consenso constitui uma das razões pela qual a Comissão do Direito Internacional, encarregue de apresentar a proposta dos Estatutos, não avançasse com uma tipificação para o crime de terrorismo.

Portanto, embora o conceito do crime de terrorismo continue um desafio dentro da ciência criminal, vários instrumentos foram adoptados sobre o terrorismo internacional.

Na verdade, reportando ao tempo da Sociedade das Nações, regista-se a iniciativa pioneira da Roménia que solicitou em 1926 aquela instituição a elaboração de uma Convenção para que o crime de terrorismo fosse sancionado universalmente.

Embora esta iniciativa não tivesse sido acolhida de imediato, a primeira Convenção Internacional para a Prevenção e a Punição do Terrorismo foi adoptada em 1937.

⁵⁰⁰ Cfr., n.º1, do artigo 33º, da Quarta Convenção de Genebra de 1949 e alínea d), n.º 2, artigo 4, do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais, de 1977.

⁵⁰¹ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 790.

Desta Convenção, seguiram vários instrumentos, quer sob os auspícios das Nações Unidas, quer sob Organizações Internacionais Especializadas, tais como, a Organização de Aviação Civil Internacional (OACI) e a Organização Marítima Internacional (OMI), quer através das organizações regionais, tais como (a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos, a Liga Árabe, a Associação do Sudeste Asiático para a Cooperação Regional e a Liga dos Estados Árabes (SAARC)⁵⁰².

A globalização hegemónica ditada pelas políticas neoliberais de economia de mercado, ao despacializar a economia, despacializou o ilícito criminal e tornou o crime do terrorismo extraterritorial.

Esta realidade globalizante ditou a emergência de novas manifestações do terrorismo, tais como o terrorismo nuclear, o biológico e o químico, cibernético ou informático.

O Direito Internacional Penal como instrumento normativo e de protecção da dignidade humana através da repressão do ilícito criminal criou um novo conceito criminal de justiça internacional e uma nova jurisdição internacional para lidar com os criminosos internacionais.

Esta nova realidade multiplicou os órgãos de produção normativa e de jurisdições. Quanto a esta última, pode-se contar hoje com as jurisdições nacionais, regionais e internacionais.

Esta realidade levanta o problema da coexistência entre as várias normas e jurisdições. Um dos potenciais conflitos dentro desta nova realidade de coexistência normativa prende-se, por exemplo, com a necessidade da definição e tipificação do terrorismo que resvala numa penumbra entre o ilícito protegido pelo Direito Internacional Penal e o do Direito Internacional dos Conflitos Armados.

Esta discrepância abre o espaço para a possível superposição quanto ao aspecto substantivo e processual.

⁵⁰² Para uma lista detalhada das Convenções adoptadas no âmbito da prevenção e punição do terrorismo, vide CRETELLA NETO, José (2013) *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, op. cit., p. 820 e BOUTROS-GHALI, Boutros, *The United Nations and Comprehensive legal Measure for Combating International Terrorism*, Essays in Honour of Eric Suy, Haia/Bostom/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

A superposição substantiva que resulta da falta de definição e do enquadramento do crime do terrorismo dificulta a criação de um instrumento uno e juridicamente coeso, permitindo assim uma fragilização do sistema ou da ordem jurídica internacional penal. Esta realidade dita a construção de um sistema híbrido⁵⁰³ do Direito. Por outro lado, a falta de enquadramento claro deste ilícito cria dificuldades para decidir sobre o regime jurídico aplicável, que pode levar à uma insegurança jurídica⁵⁰⁴.

Este desafio imposto à ciência criminal quanto à solução do problema da definição do crime de terrorismo não impediu a adopção de uma definição técnica nas ordens jurídicas internacionais, regionais, transnacionais e estatais que os permitissem criar instrumentos para lidar com este ilícito criminal internacional. Por exemplo, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1996, definiu o terrorismo internacional como *“um acto criminoso praticado com a intenção de provocar um estado de terror no público em geral, um grupo de pessoas ou pessoas específicas com objectivos políticos”*⁵⁰⁵.

No âmbito regional, a União Europeia, em 2001, definiu o terrorismo como um acto *“cometido intencionalmente por indivíduos ou grupos contra um ou mais países ou suas instituições ou população, com a finalidade de ameaçá-los e seriamente enfraquecer ou destruir suas estruturas políticas, económicas ou sociais”*.

Estas definições embora muito precisas quanto ao crime de terrorismo, infelizmente, algumas das suas características caem dentro dos crimes de guerra (actos que causam danos a alvos civis) e outras nos crimes contra a humanidade (actos

⁵⁰³ Por exemplo, Delmas-Marty rejeita o processo de internacionalização por via de hibridação. A hibridação é uma unificação através de um processo misto. Ela vai fundamentar a sua rejeição com base na experiência da criação dos Estatutos do Tribunal Penal Internacional, onde constata que a unificação por hibridação entre processo acusatório e inquisitório resultou numa figura imperfeita e não linear, isto é, resultou num processo composto e instável. Por outro lado, ao constatar que o processo de integração das normas internacionais nos espaços nacionais ao favorecer a hibridação, esta acaba por “renacionalizar” as normas internacionais. Esta última constatação, é fundamentada com o exemplo do caso da Alemanha aquando da transposição dos Estatutos de Roma, onde o processo ficou caracterizado por uma forte integração dos conceitos dogmáticos, precisamente, no tocante ao princípio de culpa ou de legalidade. DELMAS-MARTY, Mireille (2006) *Le Pluralisme Ordonné*, op. cit., p.103.

⁵⁰⁴ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 802.

⁵⁰⁵ Cfr., Resolução da Assembleia geral da ONU n.º 51-210, de 1996.

cometidos por grupos, agindo sob um pretexto político, ideológico ou religioso e, perpetrados contra vítimas selecionados ou pertença de um grupo ou população adstrita).

Uma das características que ressalta nestas duas definições é a ligação dos actos terroristas aos delitos políticos. Esta associação foi no passado objecto de divergências entre os estudiosos, destacando-se as posições do Quintiliano Saldanha y Garcia-Rubio, em 1911, que defendia afincadamente que o “*crime de terrorismo é todo delito politico ou social...*”. Em contrapartida, a 6ª Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, em 1933, adoptou a posição contrária dispondo que os actos terroristas não constituíam crimes políticos. Para o efeito, os crimes políticos seriam infracções cometidas contra a organização e funcionamento do Estado. Daí, a classificação do acto dependeria da intenção do agente. Se o delito foi praticado por razões egoístas ou de vingança não podiam ser designadas por crimes políticos⁵⁰⁶.

A evolução e o desenvolvimento do terrorismo na sociedade global, nos dias de hoje, confirmaram o posicionamento de Quintiliano Saldanha y Garcia-Rubio que todo o acto terrorista seria também um crime político. Daí, ser difícil e não defensável, nos dias de hoje, que os actos terroristas quando a sua manifestação ou atuação não constituam crimes políticos.

Na verdade, os vários atentados terroristas reivindicados ou não, foram protagonizados por grupos dissidentes, politicamente organizados, agindo sob o manto de uma reivindicação política, ideológica ou de fundamentalismo religioso.

José Cretella Neto desdramatiza o desafio imposto a ciência criminal ao constatar que grande parte das Convenções sobre o Terrorismo apresentam apenas tipos específicos de delitos e mesmo aquelas que avançaram com uma definição, esta deve ser interpretada e entendida dentro da especialidade e do domínio limitativo de cada instrumento convencional⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 806.

⁵⁰⁷ Ibidem., p. 806.

A superposição jurisdicional no âmbito da justiça internacional criminal tem levantado desafios de coexistência entre os vários tribunais nacionais, regionais e internacionais.

A jurisdição dos Tribunais Internacionais Penais *ad-hoc* criados para a ex-Jugoslávia, Ruanda e Serra Leoa ditaram a limitação da competência dos tribunais nacionais. Nesta coexistência, não existe uma delimitação clara, por exemplo, quando ocorre um ilícito criminal internacional, qual seria o critério para a determinação da jurisdição competente?

Na arena regional ou transnacional os desafios são enormes quanto a coexistência dos espaços normativos e jurisdicionais dentro da justiça criminal internacional na sociedade global. Para ilustrar alguns destes desafios tomemos, como exemplo, a União Europeia e o processo de criação das “*normas europeias penais*”.

Por “*normas europeias penais*” entende-se aquelas criadas pela União Europeia e aplicadas por instituições judiciais europeias, isto é o *Direito Europeu Penal substantivo*. Por hora, a União Europeia não possui direito penal substantivo.

A União Europeia possui a competência de criar actos jurídicos do Direito derivado em matéria penal. Estes actos consistem em regras mínimas relativas à definição de infracções penais e de sanções em domínio de criminalidade grave com dimensões transfronteiriça como: “*terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de drogas e armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada*” (artigo III-271, da CE). Não obstante, o mesmo artigo, parágrafo 3, abre a possibilidade do Conselho identificar outros domínios de criminalidade que preenchem os critérios acima descritos, caso necessário.

A criação de um espaço económico, social e político comum é consentâneo com o surgimento de bens jurídicos supranacionais e com estes os ilícitos transfronteiriços.

De acordo com os criminólogos e penalistas, o ilícito transfronteiriço não pode ser adequada e eficazmente combatida com Direito Penal dos Estados nacionais e tão pouco com regras sancionatórias de harmonização de actos de direito penal derivado da União

Europeia⁵⁰⁸. Portanto, a estratégia avançada por vários Estados no combate ao ilícito transfronteiriço com medidas e soluções nacionais esteve sempre votada ao insucesso.

A União Europeia no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal e cooperação em matéria policial criou regras, entidades (Eurojust⁵⁰⁹, Europol⁵¹⁰ e Cefpol) e competências processuais penais europeias.

O *Tratado Constitucional* para fortalecer estas entidades, de acordo com o artigo III-274º, abre a possibilidade de instituir a *Procuradoria Europeia*. Portanto, com a criação destas entidades e competências em matéria penal, torna-se claro que estas instituições, tarde ou cedo, venham a clamar por um instrumento – *Direito Europeu Penal* substantivo e uma política europeia criminal - que lhe sirva de suporte.

Portanto, a abertura dada ao Conselho e ao Parlamento pelo artigo III-271, par.3, da *CE*, em adoptar outros actos fora das matérias *a priori* circunscritas, não será uma porta aberta ou um sustentáculo jurídico-legal para adopção, no futuro, de leis do Direito Europeu penal substantivo?

A União Europeia não possui um *Direito Europeu Penal*. Todavia, existem projectos nesse sentido, como por exemplo: i) o “*Corpus Juris*” – espécie de um código penal destinado à protecção dos interesses financeiros da UE.

Este código constitui um projecto oficial da União Europeia; i) “*Eurodelitos*” – um embrião de um futuro *Código Europeu Penal*, projecto particular de um grupo de penalistas de vários Estados-membros; iii) “*Projecto alternativo de justiça penal europeu*” – um modelo de política criminal europeia alternativa aos projectos precedentes, iniciativa de um grupo de penalistas alemães⁵¹¹.

⁵⁰⁸ DIAS, Augusto Silva (2004), De que Direito Penal precisamos nós europeus?, op.cit., pág. 306 e 307

⁵⁰⁹ Cfr., n.º 1, do artigo III-272º, da CE, que dispõe: “A *Eurojust* tem por missão apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da acção penal em matéria da criminalidade”.

⁵¹⁰ Cfr., n.º 1, do artigo III-276º, n.º 1, que dispõe: “A *Eurojust* tem por missão apoiar e reforçar a acção das autoridades policiais e dos outros serviços responsáveis pela aplicação da lei dos Estados-membros... prevenção das formas graves de criminalidade... do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas...”

⁵¹¹ DIAS, Augusto Silva (2004) De que Direito Penal precisamos nós europeus?, op. cit., p. 312 e 311.

Portanto, constatada esta realidade, urge saber se a adopção de um *Código Europeu Penal* incorre no propalado défice democrático e na não observância do princípio da legalidade jurídico-penal?

As críticas e as reservas colocadas sobre a forma de adopção dos actos jurídicos penais na UE, a saber, a falta de legalidade e legitimidade dos órgãos da União Europeia, assim como a legitimação democrática – o dogma clássico de representatividade – são as mesmas para a adopção de um *Código Europeu Penal* e com o agravante de a União Europeia não ser uma federação de estados.

O modelo da política criminal da União Europeia constante na *Constituição Europeia* assenta na criação, ao nível do 1º pilar, de medidas e regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínio de criminalidade grave e transfronteiriço (n.º 1, artigo III-271), entidades e de preceitos de processo penal que lhes são complementares.

Portanto, descurando as críticas e reservas colocadas em torno do dogma clássico de representatividade – visão anacrónica e ilógica de análise realista e evolucionista da ciência – a adopção do *Código Europeu Penal* pode encontrar a sua fundamentação lógico-razional dentro da natureza existencial da própria UE.

Esta no que se refere a estrutura jurídica é uma organização internacional de integração que difere de uma organização internacional clássica do Direito Público.

Aquela funda-se no princípio de limitação de soberania dos Estados-membros resultante da transferência de poderes para a organização supranacional.

Paradoxalmente, o que se constata na UE, no âmbito do Direito Internacional Penal, é o facto de os seus Estados-membros serem parte do Estatuto de Tribunal Penal Internacional⁵¹².

O Estatuto de Roma vincula os Estados-membros, no tocante às normas de conteúdo jurídico-penal, isto é os instrumentos de direito internacional em matéria penal⁵¹³.

⁵¹² Estatuto de Roma, aprovado em 1998, por uma Assembleia de Estados sob os auspícios das Nações Unidas.

Os Estados-membros do Estatuto de Roma, à luz da sua vinculação, têm o dever ou a obrigação de criar normas internas que lhes sustentam⁵¹⁴. Por outro lado, existem princípios de Direito Internacional geral ou comum que servem de lei penal incriminadora⁵¹⁵ não só aos Estados mas também aos Cidadãos como sujeitos do Direito Internacional. Portanto, se estes princípios vigoram na ordem jurídica dos Estados-membros, fica-se perante um Direito Internacional Penal aplicado pelos Órgãos internacionais e também nacionais, embora limitada a certos crimes.

Portanto, se no âmbito de uma organização internacional de modelo clássico a capacidade legiferante em matéria penal não é matéria reservada só aos Estados mas atribuída aos Órgãos internacionais, a reivindicação da capacidade legiferante em matéria penal, no âmbito das organizações de integração, não encontra o menor senso.

A história mostra que a aprovação e implementação das normas do Direito Internacional Penal, vinculando directamente os Estados e Cidadãos não tem levantado problemas de maior no tocante a legalidade ou legitimidade de adopção dos actos jurídicos penais. Não obstante, o único constrangimento esteve relacionado com os Tribunais Internacionais Penais *ad hoc* no tocante a sua competência jurisdicional.

Este constrangimento acabou encontrando resposta no Estatuto de Roma através do princípio da vinculação voluntária e o princípio da subsidiariedade⁵¹⁶.

No âmbito do Direito Internacional Penal pode se constatar, hoje, que os sujeitos vinculados pelo Estatuto de Roma, estão cada vez mais identificados com os pressupostos destes instrumentos normativos, por reconhecer e encontrar neles a garantia dos direitos fundamentais e humanitários - valores mais altos da dignidade humana.

Portanto, se os direitos e valores mais altos da dignidade humana não encontraram realização no modelo clássico de Estado/nação e se a segurança do Estado e do próprio

⁵¹³ Podemos destacar de entre outras, a Convenção para a Prevenção e para a sanção do delito de genocídio; a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a Convenção contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas; a Convenção Europeia de Extradução.

⁵¹⁴ Cfr., o caso Português, artigo 243.º e ss., do Código Penal e a Lei 31/2004 de 22 de Julho veio justamente a adaptar a legislação penal portuguesa ao Estatuto TPI, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do Direito Internacional Humanitário.

⁵¹⁵ Cfr., no caso Português, o n.º 2, artigo 29.º, da CRP.

⁵¹⁶ Cfr., para o efeito os artigos 12.º e 14.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

Cidadão têm de passar pelo novo modelo de organização de integração, não nos parece que a adopção de um *Direito Europeu Penal* que visa a realização destes valores colocasse algum Cidadão num estado de vulnerabilidade por não se ter respeitado *ipsis litteris* o modelo de legitimação democrático clássico (em erosão) para adopção de actos jurídicos de matéria penal.

O fenómeno da globalização económica ditou uma nova ordem jurídica internacional penal. Esta ordem visa a apreensão dos fenómenos da globalização do crime e do seu controlo.

Esta nova ordem resulta dos efeitos perversos do próprio processo da globalização hegemónica.

A globalização ditou a emergência de novas relações internacionais, novos espaços, nova estrutura organizativa e consequentemente novas formas de criminalidade.

Este novo modelo de organização social deslocou a primazia das relações outrora assente nos Estados/nações para relações transnacionais.

Esta nova realidade transnacional ditou uma nova lógica de segurança e controlo supranacional e transnacional que contrasta com a lógica de controlo internacional geral clássico.

A sociedade global para lidar com o ilícito criminal transnacional e em resposta ao fenómeno da globalização do crime criou vários espaços transnacionais penais reflectindo assim os fluxos ou redes operacionais da produção da globalização.

O problema ou o desafio que desponta nesta transformação ou desenvolvimento do Direito Internacional Penal, na sociedade global, prende-se com a coexistência destes vários espaços criminais transnacionais, entre eles, e estes com o Direito Internacional Geral.

Na essência, trata-se da construção do espaço-jurídico penal global ou seja do tipo de modelo ou processo de internacionalização das normas dentro do espaço jurídico global: unificação, hibridação, integração e harmonização.

A experiência das organizações de integração regionais tem primado pelo modelo de harmonização das suas normas comunitárias.

Este modelo de harmonização, *a priori*, tem respondido os desafios da construção do direito regional penal dentro da conjuntura sócio-política e jurídica da realidade contemporânea. Ao contrário, a experiência da universalização jurídica das normas no âmbito dos direitos humanos, infelizmente, não têm mostrado um quadro preferencialmente positivo. Como se pode constatar, a lógica subjacente na criação destas normas jurídicas tinha como pressupostos uma integração pluralista e evolutiva.

Esta lógica visava a repartição vertical entre os três espaços – nacional, regional e mundial. Com esta repartição preconizava-se criar e abrir espaços para o desenvolvimento das margens nacionais e regionais, rumo ao mundial.

Passado meio século da sua criação, constata-se que os resultados estão longe de ser alcançados⁵¹⁷. Esta realidade colocou o mundo em reflexão e debate sobre o modelo de integração pluralista e evolutiva.

Este modelo de integração pluralista e evolutiva, embora em debate, o seu propósito parece-nos estar bem ajustado à realidade, dada a diversidade cultural e jurídica dos vários espaços nacionais e regionais.

Como se pode constatar, a filosofia subjacente na criação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos procurou salvaguardar elementos culturais e tradicionais da organização das sociedades africanas.

Concretamente, no tocante as virtudes e os valores da tradição e civilização africana, quando se procurou incorporar neste instrumento não só direitos mas também deveres⁵¹⁸.

Esta realidade específica e singular de uma sociedade, como a africana, não encontraria um tratamento adequado se o mundo primasse por um único instrumento mundial ou global.

⁵¹⁷ Depois de meio século, constata-se muitos recuos, tais como: a não ratificação dos instrumentos regionais (América do Norte); a lentidão do processo (África); a ausência persistente de controlo jurisdicional (Declaração Islâmica e Carta Árabe); a ausência de um instrumento regional de protecção dos direitos do homem em toda uma parte do mundo (Ásia, Médio Oriente, Ásia Pacífica). Vide, DELMAS-MARTY, Mireille (2006) *Le Pluralisme Ordonné*, op. cit., p. 169.

⁵¹⁸ Cfr., Capítulo II, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

A análise comparativa entre as culturas e civilizações de alguns povos, como por exemplo as europeias, africanas, asiáticas, tão distintas e diversas, a lógica de integração pluralista e evolutiva adoptada como modelo para os Direitos Humanos permitiria uma melhor abertura no tocante a criação do espaço jurídico-penal global. Isto porque permitiria uma integração pluralista e evolutiva do *ius puniendi* de cada povo.

O espaço globalizado que hoje experimentamos e vivemos vem contrariando a tradicional resistência “irracional” de que o *ius puniendi* é pertença única da soberania estadual ou do povo.

Com a integração ou regionalização, o ilícito outrora considerado transfronteiriço, transformou-se no ilícito do espaço globalizado e este não se coaduna com as resistências saudosistas de soberania do Estado/nação.

O Direito Penal pretendido para o novo espaço não pode circunscrever-se apenas ao direito penal que visa proteger a “moral mínima” como aquele dos direitos humanos.

O Direito Penal do espaço jurídico global não pode resumir-se às proibições fundadas nos Direitos Humanos, muito embora, alguns delitos penais se possam fundamentar naquele. Ainda que o Direito Penal faça parte do escudo de protecção dos Direitos Humanos, o Direito Penal do espaço jurídico global deve abranger todos os espaços nacionais, isto é, os povos e os cidadãos.

Em resposta a este desafio de coexistência dos espaços jurídicos penais na sociedade global, várias reflexões foram produzidas tornando-se impossível arrolá-las neste trabalho. Não obstante, de entre tantas reflexões sobre o modelo de construção ou coexistência dos espaços jurídicos penais urge-nos tomar como pressuposto a perspectiva da Delmas-Marty que nos parece ser uma boa alavanca para os objectivos preconizados neste estudo.

Delmas-Marty ⁵¹⁹ face aos desafios impostos pela sociedade global quanto a construção do direito internacional penal global, defende o espaço jurídico global em

⁵¹⁹ Mireille Delmas - Marty é professora da Universidade de Paris I, titular da cadeira de Estudos Jurídicos Comparados e Internacionalização do Direito, no Colégio de França; membro do Instituto Universitário da França e presidente da Comissão de Justiça Penal e Direitos do Homem. Autora de várias obras e, de entre elas: As forças imaginantes do direito; Os grandes sistemas de política criminal; Por um direito comum; Três défices do direito

todos os sentidos do termo. Ela parte dos espaços jurídicos nacionais – margens nacionais - e pretende estabelecer o espaço dos espaços cujo objectivo é aproximar e não unificar os diferentes sistemas⁵²⁰.

A teorização do espaço jurídico global não é nova. Na Europa, o apelo ao *jus commune*, feito de Costumes locais, de Direito feudal, de Direito Romano, de Direito Canónico e de Direito Comercial, acompanha, do séc. XII ao XVI, a emergência dos Direitos nacionais para responder estes desafios.

Hoje, com a criação de um espaço económico, social e político global deu-se o surgimento de bens jurídicos supranacionais e com estes, o ilícito transfronteiriço. Daí que o conceito do espaço nacional torna-se refractário ao espaço global.

A teorização do espaço jurídico-penal global têm vindo a ganhar uma evolução considerável nos últimos anos. Este fenómeno pode ser elucidado através dos instrumentos internacionais de Direito Penal produzido nos últimos anos.

Por exemplo, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998) consagra preceitos penais do Direito material relativas a vulnerabilidade dos Direitos Humanos (artigos 5 a 8 e 23 a 33) e regulações jurídicas processuais (artigos 53 e ss., 62 e ss., e 81 e ss.).

Por outro lado, ao olharmos para a então fracassada “*Constituição Europeia*”, esta incorporava nos seus artigos III-172 a Lei-Quadro e no seu parágrafo 2, do artigo III-172 a equiparação das normas e, mais ainda, no parágrafo 4, do artigo III-321, relativo a fraude.

Um outro exemplo de realce seria aquele consagrado nas normas penais europeias relativas a protecção dos interesses financeiros europeus constantes no *Corpus Júris* (1997/99) e no *Livro Vede* editado pela Comissão, no ano de 2001.

mundial; O “Flou” do Direito; Através de um direito comum da humanidade; O direito da família; Modelos e movimentos de política criminal; O casamento e o divórcio.

⁵²⁰ DELMAS-MARTY fundamenta esta realidade através da sua experiência internacional no âmbito de criação de normas: “*Aquando da Comissão de elaboração dos instrumentos (Projecto do TPI, Corpus Juris) eu pude medir os limites de uma teorização muito rígida. Nem o Corpus Juris e nem o Estatuto do Tribunal Penal Internacional têm a vocação de substituir o direito nacional; eles estão destinados a entrar em jogo muito complexo de interacção ou de harmonização e os cruzamentos horizontais tem também um grande papel*”, (2006) *Le Pluralisme Ordonné*, op. cit., p 113.

A lógica subjacente de que o espaço jurídico-penal global deve assentar no pluralismo das normas, isto é, construído a partir dos espaços nacionais sem deixar de ser global vai na lógica das relações transnacionais que se desenvolvem dentro de fluxos ou redes verticais e horizontais.

Constata-se que, hoje, os espaços supranacionais são refractários às bases ou seja ao espaço Estado/Nação.

Hoje, com as novas tecnologias e ciberespaços, a interacção entre os espaços tornou-se uma realidade controversa.

O conceito de espaço deve ser redefinido, assim como o das normas. Perante este desafio, como designar o espaço nacional, por um lado, e como caracterizar o espaço internacional, por outro? Do mesmo modo, como definir e caracterizar as normas nacionais e por outro as normas supranacionais?

De acordo com a doutrina clássica esta distinção e caracterização é clara e bem distinta. Todavia, quando se pretende caracterizar os espaços jurídico-penais, dentro da globalização, tem sido muito difícil e complexa.

A tentativa de distinguir ou delimitar entre as normas jurídico-penais nacionais e as internacionais tem resultado numa tarefa difícil ou quase impossível.

A globalização ditou uma ordem jurídica internacional penal que se caracteriza necessariamente por um pluralismo horizontal e transversal cujo enfoque criminal deixou de ser o local e passou a ser em termos de fluxos ou redes transnacionais globais. Por exemplo, o tráfico de droga como ilícito criminal deslocou-se da escala doméstica para a escala global.

A criminalidade organizada transitou do local para o internacional designando-se por criminalidade transnacional ou seja tornou-se multinacional.

A construção do espaço jurídico-penal global, como ficou caracterizado dificilmente evitará o pluralismo de sistemas criminais transnacionais para responder a natureza e a filosofia do processo da globalização hegemónica.

O pluralismo sistémico criminal a ser construído seria perfeito se tivesse como pressuposto uma única premissa: “*manter a separação sem impor a fusão*”⁵²¹.

O espaço jurídico-penal global deve ser construído dentro de uma ordem que se pretenda ordenada sem suprimir os espaços jurídicos nacionais e que responda a complexidade jurídica do mundo.

Delmas-Marty entende que este espaço pode ser conseguido através da exploração das “*vias e dos meios*” abertos pelos espaços jurídicos nacionais⁵²². Esta lógica da exploração das “*vias e dos meios*” para a construção deste modelo pluralista parece-nos, *a priori*, muito bem conseguida porque vai buscar as semelhanças ao mesmo tempo que procura enriquecer as diferenças típicas e características da soberania de cada Estado/Nação e de cada sistema transnacional.

Todavia, quando analisamos esta lógica exploratória das “*vias e dos meios*” e a contrastamos com o fenómeno da globalização parece-nos ser ainda um desafio. Por exemplo, constata-se que, até hoje, no Direito Internacional Penal ou Supranacional a fixação dos delitos penais, infelizmente, estão e continuam dependentes de uma vontade política e não directamente dos povos ou cidadãos dos espaços jurídicos nacionais.

Portanto, para responder esta complexidade jurídica do mundo globalizado, a adopção das normas jurídico-penais, que pretendam colher a legitimação democrática, bem como a sua conformidade com os princípios jurídico-penais fundamentais – culpabilidade e facto - não podem só e somente resultar dos poderes delegados e fixados nas Convenções e Tratados Internacionais.

As *vias e os meios* disponibilizados para a concretização deste modelo de globalização continuam distantes da realidade imposta pela própria globalização. Se pretendemos acomodar a delicadeza do “*ius puniendi*” a partir da sua constituição originária como poder ou força pertença do povo, só temos uma única via e um único meio – o próprio povo.

⁵²¹ Ibid., p. 28.

⁵²² Ibid., P. 28.

Como a natureza humana é muito complexa e distinta, nem todas as vias nos levarão ao bom porto e nem todos meios nos conduzirão a mesma direcção. Qual seria o vector de uma multiplicidade de forças caracterizadas por uma alternância, ora de semelhança e ora de dissemelhança ou antagonismo?

A nova ordem jurídica internacional penal global ao abrir-se ao pluralismo sistémico criminal faz emergir um importante desafio que se prende com a universalização das suas normas ou seja a criação de uma doutrina ou ciência do direito internacional penal.

Se pretendemos criar uma ciência penal esta tem de se conformar com os princípios da necessidade e universalidade. A ciência do universal dificilmente seria alcançada a partir do particular e do contingente, isto é a partir das particularidades das margens nacionais e sistemas criminais transnacionais.

É verdade que a universalização tem como ponto de partida necessariamente dos factos concretos, sua análise, conceptualização e abstracção.

Por conseguinte, confrontando o processo de universalização das ciências e a lógica subjacente na criação do espaço jurídico-penal global, constata-se que existe um ponto de partida similar quando se parte dos espaços jurídicos nacionais – margem nacional – para criar o espaço jurídico global – universal.

Esta lógica parece-nos, *a priori*, bem conseguida. Todavia, ao tentarmos seguir as fases subsequentes da universalização, de imediato, cai-se num ilogismo ao constatar-se que a complexidade jurídica do mundo não pode dar espaço a uma universalização científica pura e coerente.

Dada a diversidade jurídico-penal de cada margem e a pluralidade sistémica transnacional do *ius puniendi* seria difícil estabelecer uma unidade jurídica para a universalização científica.

Portanto, sem a universalização plena não estaremos perante uma ciência penal no sentido rigoroso da palavra. Uma universalização imperfeita abre espaços para o relativismo e consequentemente para as margens irreconciliáveis.

O fenómeno do pluralismo sistémico criminal emergente no direito internacional penal global, por um lado responde a dinâmica imposta pela nova ordem jurídica global – globalização – por outro lado cria fissura e fragmenta a ordem jurídica internacional penal dentro da ideia do monismo ou da unidade de um sistema internacional que pretende ser um todo funcional e global.

A coexistência de várias fontes e normas diversas no espaço jurídico-penal global é vista como um potencial palco de controvérsias e clivagens normativas e jurisdicionais.

Caracterizado o espaço jurídico global e idealizado dentro de um pluralismo sistémico, ensina a doutrina que a funcionalidade de uma ordem jurídica passa necessariamente pela construção de uma unidade jurídica ou sistémica.

Dadas as características do espaço jurídico-penal global, esta unidade, de acordo com Delmas-Marty deveria privilegiar a harmonização como modelo jurídico de globalização ou mundialização. A harmonização “*não se confunde nem com a unidade, nem com a pluralidade: ela é composição, movimento de um e do outro*”⁵²³.

A harmonização é potenciadora de uma dupla relação ou movimento. Por um lado, potencia um movimento ou dinâmica vertical que hierarquiza os espaços, do nível alto (global) ao baixo (nacional). Por outro lado, um movimento ou dinâmica inversa, do nacional para o global, isto é, o espaço global vai buscar e encontrar no nacional a sua realização e fundamentação.

Delmas-Marty quando concebe a harmonização como composição de movimentos fê-lo com o intuito de manter uma união dentro de um organismo vivo. Desta forma, a autora distancia-se do abstrativismo e do universalismo clássico estéril que fez parar a ciência durante muitos séculos.

Todavia, a harmonização seria plena se os espaços jurídicos nacionais pudessem criar ou levar a universalização das suas normas, isto é, os pressupostos gerais dos seus delitos e das figuras jurídicas penais.

Por exemplo, no âmbito do Direito Comparado, constata-se que a concepção, delimitação e relação de vários conceitos divergem de um direito para o outro, a saber: a

⁵²³ Ibid., p. 72

delimitação entre o conceito de autoria e participação, acção e omissão; a relação entre o conceito de dolo e o erro de proibição.

Perante esta constatação comparativa, fica-nos a dúvida: como seria feita a composição ou harmonização destas figuras sem descaracterizar e sem esvaziar o conteúdo originário consagrado no código penal de cada espaço nacional ou sistémico? Por outro lado, ao debruçarmo-nos sobre os pressupostos gerais subjacentes aos delitos e as figuras jurídico-penais dentro das margens nacionais – no âmbito do Direito Comparado - constata-se que estes são apanágios de cada Estado/Nação soberano e cujo entendimento radica da cultura, da evolução do ordenamento jurídico-penal e do tipo do sistema jurídico.

Portanto, a tentativa de universalização dos delitos e das figuras jurídico-penais levariam a uma actividade de conceptualização e abstracção difíceis ou mesmo impossíveis dentro da ciência penal. Por outro lado, julgamos que harmonizar sem primeiro universalizar não leva a uma harmonização perfeita.

Portanto, a harmonização por composição, preconizada por Delmas-Marty que exclui a universalização geral acaba por criar assimetrias dentro do espaço jurídico-penal global. A experiência invocada pela autora para ilustrar a dinâmica inversa do movimento de harmonização por composição através do princípio de subsidiariedade no Direito da União Europeia e do princípio de complementaridade nos Estatutos de Roma – Tribunal Penal Internacional não pode ser tido como exemplo perfeito e acabado.

Esta experiência, embora positiva, está a enfrentar algumas dificuldades, por exemplo, a título elucidativo, podemos destacar:

- i) as clivagens na interpretação dos conceitos de autoria e participação resultantes das diferenças conceptuais entre os vários sistemas;
- ii) o processo de negociação estabelecido nos Estatutos de Roma que leva a validação e obrigatoriedade geral dos princípios jurídicos penais resulta de um processo de negociação típica de politica criminal e de política de direito internacional baseado no compromisso. Por conseguinte, este

princípio de negociação estabelecido não se enquadra dentro de uma lógica objectiva requerida para uma ciência jurídico-penal que permita a sua aferição como verdadeira ou falsa, segundo os critérios científicos;

- iii) as assimetrias emergentes dentro do espaço internacional resultantes da falta de consensos e confianças processuais e institucionais. Esta realidade, levou à exclusão unilateral e a não vinculação de alguns Estados aos Estatutos de Roma. Este fenómeno, muito estranho como pareça, culminou com a criação de “espaços jurídicos de direito internacional autónomos”, por parte de alguns Estados, para lidar com crimes supostamente humanitário (o caso dos Estados Unidos de América e o Iraque);
- iv) uma das possíveis causas da então proposta e fracassada “*Constituição Europeia*” estaria no modelo ou técnicas de harmonização e ou universalização das normas penais europeias através das *leis quadros* – o propalado *deficit* democrático.

Na verdade, o movimento inverso invocado como pressuposto para a funcionalidade do sistema parece catalisar toda a dinâmica que se pretende para um espaço jurídico-penal harmonizado e interactivo, onde o uno e o múltiplo se afirmam mutuamente.

Constata-se que a dinâmica inversa do movimento de harmonização só seria virtualmente ascendente para aquelas margens nacionais ou sistémicas cujas normas reúnam os requisitos de universalização, aqueles espaços com um nível considerável de evolução da legislação ou melhor da ciência penal.

Por outro lado, o movimento descendente conformar-se-ia com aquelas margens cujas normas reúnam os requisitos propostos ou que constituam matéria universalizável.

Face a estas constatações poder-se-ia deduzir que as demais margens ou sistemas criminais com o nível de evolução legislativa muito baixo, a harmonização nestas

margens levaria a uma ruptura ou melhor a uma aculturação, quer conceptual, quer legislativa e mesmo quanto aos delitos e as figuras jurídicas penais.

Portanto, a dinâmica inversa preconizada dentro destes moldes acabaria por dar primazia ou vantagens as margens ou sistemas criminais com normas e nível de evolução da ciência penal muito avançada.

Este cenário faria com que algumas margens ou sistemas criminais tenham uma hegemonia nesta relação desigual e que o produto daí resultante apresentasse marca destas últimas ou características muito singulares.

Por outro lado, constatou-se que a tentativa de universalização do Direito Processual Penal quer a nível da União Europeia e quer do Direito Internacional Penal – Estatutos de Roma, através da dinâmica inversa e aberturas às margens nacionais – princípio de subsidiariedade e o de complementaridade - levou a criação de um direito processual penal supranacional ou internacional de nível científico e de desenvolvimento muito baixo e nalguns casos inferior ao que encontramos nalguns Estados ou sistemas supranacionais e transnacionais.

Portanto, o movimento de harmonização preconizado dentro desta dinâmica inversa dificilmente nos conduziria a uma ciência penal universal e universalizante.

Uma harmonização universalizante só seria possível através de uma ciência penal universal de carácter supranacional ora inexistente e ainda por construir para lidar com os desafios que a globalização hegemónica impõe a sociedade global.

Os desafios impostos pela globalização hegemónica na sociedade contemporânea e os seus malefícios ditaram um novo paradigma na concepção da ciência criminal.

Hoje no lugar do universalismo, na concepção da ciência, emerge um novo conceito o mundialismo ou o globalismo.

Contrariamente, se pretendermos uma ciência penal universal, esta dificilmente seria alcançada pelo diálogo jurídico subjectivo, pelo contrário, julgamos que o seria através do diálogo objectivo e sistémico.

Por outro lado, a evolução dos preceitos penais internacionais e com estas a ciência penal “global” é um processo ou fenómeno irreversível, como a própria história.

Como corolário deste fenómeno assistimos uma metamorfose na vida e na mente dos cidadãos contra alguns malefícios da globalização, tais como, o terrorismo nas suas múltiplas manifestações, o fundamentalismo ideológico e religioso, o tráfico de drogas, de órgãos e de seres humanos, o crime organizado ou seja a criminalidade transnacional e outros.

Estes males ou seja ilícitos criminais, nesta sociedade globalizada, não conhecem fronteiras, povos e nem raças. O bem-estar supranacional constitui um imperativo e um valor consagrado para os nossos tempos.

Esta nova realidade tende a substituir as velhas concepções do *ius puniendi* e com esta a ciência penal universal. Se pretendemos criar um Direito Penal universal, *a priori*, os conceitos jurídicos devem ter um conteúdo normativo “global” e consequentemente, a dedução jurídico-penal daí resultante deve partir dos sistemas normativos transnacionais e das margens nacionais.

Os movimentos ou fluxos de redes conceptuais ou sistémicos que se operam nos espaços jurídicos, nacionais, transnacionais e globais só seriam plenos se estes desenvolverem-se dentro de conceitos jurídicos com o conteúdo normativo “global”.

Só perante uma ciência penal “global” o fluxo entre os movimentos do nacional ou transnacional para o global e vice-versa seria de uma harmonização funcional.

A ciência penal “global” ao privilegiar o âmbito global e globalizante, abre o espaço para o desenvolvimento do Direito Penal especial ou sistémico que seria o apanágio dos espaços nacionais, supranacionais e transnacionais.

Portanto, esta caracterização não deve ser entendida como uma divisão ou delimitação das matérias da ciência penal, onde o “global” teria como domínio à parte geral e a nacional ou transnacional à parte especial. Isto é, o Direito Penal supranacional ou transnacional não deve limitar-se só às normas elementares de comportamentos vigentes nos seus próprios espaços ou sistemas que não possam ser matéria de globalização.

Na realidade, a ciência penal “global” quando se ocupa dos requisitos gerais do facto punível pode ao mesmo tempo e deve desenvolver critérios referentes a delitos que ocorram em todos os espaços nacionais, supranacionais e transnacionais⁵²⁴.

Na verdade, esta dinâmica funcional da ciência penal “global” só seria factível dentro dos conceitos jurídicos com o conteúdo normativo global.

Portanto, a universalização ou seja a globalização – característica essencial da construção da ciência – não pode ser confundida com a unificação que leva ao nivelamento das normas jurídico-penais nacionais, supranacionais e transnacionais, nesta nova ordem jurídica internacional global.

O espaço jurídico global imposto pela globalização vai criar um espaço, *a priori*, de cidadão mundial. Um espaço onde todo o tipo de infracção deve ser tratada e perseguida como acção criminal em todos os espaços nacionais, supranacionais e transnacionais.

Para o efeito, o novo espaço jurídico-penal global deve distanciar-se do Direito Internacional Penal ou universal clássico dos Estados, aquele que foi e que continua a ser invocado para fundamentar uma intervenção pacífica e humanitária.

O espaço jurídico-penal global deve estabelecer um Direito Penal inerente a um espaço ou ordenamento jurídico global cujos autores são os próprios cidadãos.

Hoje, o ilícito praticado dentro desta conjuntura globalizada não se localiza e nem se circunscreve num determinado espaço concreto.

Portanto, hoje, os instrumentos do Direito Internacional Clássico não podem responder a esta nova realidade. Por outro lado, o espaço jurídico global não abre lugar para uma intervenção humanitária do tipo militar – ao estilo do Direito Internacional clássico dos Estados - visto ser um espaço único – globalizado.

O espaço globalizado já é uma realidade e tornou-se um imperativo cujo desenvolvimento e garantia do bem-estar passa necessariamente pela sua segurança. Por conseguinte, a construção deste espaço jurídico-penal global passa necessariamente por

⁵²⁴ HIRSCH, Hans Joachim, *Internacionalización del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal*. Ciencia del Derecho Penal nacional y universal, in Revista Penal, nº 17, Enero 2006, p. 172.

uma renúncia racional ou inteligente. Não podemos viver no mundo globalizado e continuando a empunhar vestes e armas da soberania do Estado/nação: ou o espaço nacional ou o espaço global - eis o dilema.

Hoje, com a globalização, o nosso viver despacializou-se⁵²⁵. Se a experiência de uma integração pluralista e evolutiva no âmbito dos Direitos Humanos revelou estas discrepâncias, cresce uma forte desconfiança sobre a concretização de um espaço jurídico global através de um modelo de interacção das normas jurídicas através da harmonização.

A ideia de ordenar os espaços desordenados, a prior, aparenta ser de uma prática exequível e consentânea com as exigências da realidade contemporânea.

Todavia, a ordenação de espaços despacializados e multipolarizados como os que experimentamos, hoje, não parece ser uma prática fácil.

Portanto, dentro da realidade actual, o nosso interagir subjectivo perdeu as referências clássicas do espaço.

Por um lado, constatamos que as culturas, os gostos, os saberes, os bens e serviços estão homogeneizados e em qualquer lugar e espaço.

Por outro lado, vivemos e experimentamos um acentuado multipolarismo de espaços irreduzíveis e de normas irreconciliáveis.

Ao mesmo tempo que constatamos a despacialização – a inexistência do fora e do dentro - experimentamos uma afirmação exacerbada do fora e do dentro.

Todavia, cresce o espírito positivo de que é possível a construção de um espaço jurídico global.

Os pressupostos ou bases para a fundamentação desta esperança reside no facto de que é impossível encontrarmos culturas jurídicas que sejam tão diferentes que por princípio não reconheçam delitos fundados na protecção dos direitos fundamentais.

Na verdade, tudo indica que o mal que nos apoquenta e que constitui uma indignação também apoquenta e cria indignação nas outras culturas e nos homens dos outros lugares.

⁵²⁵ COSTA, José de Faria (2003) Globalização e o Direito Penal – ou o Tributo da Consonância ao Elóquio da Incompletude, in Globalização e Direito – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, S. I. n.º 73, Colloquia 12, Coimbra Editora, 2003, pp. 186.

Não obstante, a realidade, hoje, nalguns espaços e culturas, as vezes, nos mostra o contrário face aos princípios que postulamos acima.

Na verdade, como caracterizar e entender algumas culturas retrógradas fundadas no fundamentalismo cruel e desumano?

A construção de um espaço jurídico global que privilegia as margens nacionais levaria a exaltação do particular e do multipolarismo, *a priori*, inconciliável com o espaço jurídico global e despacializante.

O espaço jurídico global é refractário à exaltação do particular. Como encaixar o Direito Penal, mormente a sua parte especial, enquanto concretização irredutível da forma de ver e de pensar de uma precisa comunidade, num espaço jurídico global e despacializante?

A construção de um espaço jurídico-penal que privilegia o uno ou global, racionalmente, nos projectaria a criação de um Código Penal Mundial, independentemente da questão da legitimidade da sua criação e das margens nacionais.

Por outro lado, a construção de um espaço jurídico-penal que privilegia o múltiplo ou as margens nacionais permitiria o multipolarismo e a multiplicação de diferentes códigos penais, com a multiplicidade quase infinita, em espécie e em qualidade, de *infracções criminais*⁵²⁶.

Portanto, olhando para a lógica jurídico-penal, a criação e o desenvolvimento do espaço jurídico-penal global deve passar ainda pelos espaços jurídico-penais nacionais. Todavia, o espaço jurídico-penal global é refractário ao espaço jurídico-penal nacional.

Numa primeira acepção, parece claro, lógico e evidente que um espaço jurídico-penal global construído dentro de uma interacção com os espaços jurídico-penais nacionais pode ser o mais ideal e o mais durável que um espaço unificado que não respeita e nem acomoda as margens nacionais.

Na verdade e pelo contrário, este modelo apresenta grandes desvantagens por necessitar de muitas energias para a sua manutenção.

⁵²⁶ Ibid., p. 188.

A manutenção de um sistema pluralista e divergente em muitos casos acaba por se corroer internamente e ruir, como a experiência já mostrou em casos semelhantes.

O que deve caracterizar um sistema de Direito Penal hoje é a sua dinâmica dentro do contexto político criminal e político social, isto é, a sua orientação aos problemas, as situações e as consequências dentro dum espaço globalizado.

Quando se olha para a dinâmica económica, social e política do mundo globalizado, *a priori*, ficamos com a sensação de estarmos dentro de uma aldeia despacializada e assente na palma da mão.

Todavia, ao contemplarmos esta paisagem reflexa na palma da mão sentimos como se o mundo estivesse a cair-nos em cima com as estrondosas clivagens políticas, económicas e sócio-culturais.

O ser humano frente a esta paisagem agreste e as vezes desumanas sente, hoje, como nunca sentiu, ao longo da sua história, uma insegurança total e uma desprotecção completa.

O modelo ideal de construção do espaço jurídico-penal global seria aquele que se perspectiva como um sistema aberto e flexível que visa, a partida, resgatar os valores e fins políticos da comunidade global ou seja um espaço ou sistema que não pretende marginalizar ou colocar de fora todo e qualquer funcionalismo normativo dos espaços nacionais, regionais e transnacionais.

Este modelo ideal e flexível, na verdade, pode e bem responder aos ditames desta nova ordem jurídica internacional penal. Todavia, não nos parece compatível com as exigências de uma sociedade globalizada.

A sociedade de hoje clama por um sistema jurídico-penal de prevenção geral e especial orientada para as respectivas necessidades punitivas típicas de um espaço jurídico global.

Parte II – O Direito Constitucional Internacional de Moçambique

Capítulo V – A Evolução do Direito Internacional na Constituição de Moçambique

5.1. A Relevância do Direito Internacional no Direito Estadual

A relação entre o Direito Internacional e o Direito Estadual na História do Direito em geral foi caracterizada por clivagens entre a corrente dualista e a monista da concepção ou da ideia do Direito⁵²⁷.

Estas clivagens que remontam as relações jurídicas dentro do Império Romano podem ser caracterizadas como a manifestação do problema da coexistência das ordens jurídicas de então que atravessaram as várias etapas do desenvolvimento do Direito até aos dias de hoje.

Este problema de relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Estadual foi equacionado dentro das seguintes vertentes: se o Direito Internacional e o Direito Estadual são um e único Direito ou são dois Direitos independentes e distintos?

A evolução e os resultados deste debate doutrinário, desde a época clássica passando pelos expoentes defensores da corrente dualista, Heinrich Triepel⁵²⁸ e Dionísio Anzilotti⁵²⁹ e, monista, Hans Kelsen⁵³⁰, ditou um declínio e um certo abandono por parte dos estudiosos pela saturação e falta de soluções.

Os desafios impostos pela globalização hegemónica e pela emergência da nova ordem jurídica internacional revitalizaram este debate clássico dentro de novas perspectivas, tais como, de acordo com Jorge Bacelar Gouveia, por exemplo, a

⁵²⁷ Quanto as clivagens entre as correntes dualistas e monistas, veja a lista extensa da bibliografia, in GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público - Uma perspectiva de língua Portuguesa, 4ª Edição, Almedina, Lisboa, p. 382.

⁵²⁸ Para os posicionamentos do autor, veja as obras Heinrich Triepel (1889) *Volkerrecht und Landsrecht*, leipzig. Veja também, do mesmo autor, *Les rapports entre le Droit Interne et le Droit International*, in RCADI, 1923, I.

⁵²⁹ ANZILOTTI, Dionísio (1927) *Cour de Droit International*, I, Paris.

⁵³⁰ KELSEN, Hans (1979) *Teoria General del Estado*, 15ª ed. Cidade de México. Veja também, do mesmo autor, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 198.

compatibilidade ou incompatibilidade estrutural entre o Direito Internacional e o Direito Interno nas suas características intrínsecas⁵³¹.

Acresce-se a esta perspectiva outros enfoques, tais como: o estatuto interno do Direito Internacional nos ordenamentos estaduais, a relevância do Direito Internacional no Direito Estadual, vice-versa, a relação de complementaridade entre os tribunais internacionais gerais, regionais e estaduais, assim como a implementação das decisões dos tribunais internacionais gerais ou arbitrais (internacionais ou regionais) pelos tribunais estaduais.

Estes enfoques constituem um campo fértil e apaixonante de pesquisa sobre a coexistência entre as várias ordens normativas e jurídicas internacionais e os seus sujeitos de aplicação ou efectivação do direito internacional.

A globalização económica ao fazer emergir uma nova ordem jurídica internacional ditou transformações sócio-políticas e jurídico-económicas na sociedade global.

Estas transformações ditaram uma reconfiguração do Direito Internacional geral abrindo espaço para o desenvolvimento de vários actores de regulação internacional, situação que é apontada por alguns críticos por fragmentação do Direito Internacional⁵³².

Consequentemente, estas mesmas transformações ditaram a reconfiguração do Direito Estadual, cujos Estados, pressionados pela conjuntura internacional da globalização hegemónica, foram relegando pouco a pouco a sua função tradicional de Estado cidadela, guardião e estratégico.

Esta realidade enfraqueceu o poder estadual e potenciou os novos actores internacionais na criação do Direito (Internacional) Transnacional e, não obstante, de acordo com a nova ordem jurídica internacional, este Direito tem sido de aplicabilidade directa ou imediata na ordem jurídica dos Estados.

O problema da relação ou articulação entre o Direito Internacional e o Direito Estadual que ao longo da História do Direito se transformou num problema doutrinário, entre a corrente dualista e monista quanto a concepção do direito, foi ao longo dos anos

⁵³¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público, op. cit., p.381.

⁵³² CASTANHEIRA, Fernando Henriques, Fragmentação do Direito Internacional e Law Making no Campo Jurídico Internacional Contemporâneo, in Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n.º 25, p. 63-78, 2009, p. 63.

gerando um movimento pró-constitucionalismo ou seja da constitucionalização do Direito Internacional.

Na verdade, a evolução do Direito Internacional e as transformações operadas pela globalização hegemónica dentro dos Estados, assim como a força engendrada pelas organizações de integração económica fez com que este problema caísse no esquecimento.

Hoje, dada a evolução do Direito Internacional, respeitando os argumentos que sustentam as teses das ambas correntes (dualista e monista), quase que se tornou unânime a aceitação das formulações moderadas das duas correntes⁵³³.

Não obstante, esta aceitação quando projectada dentro do universalismo que os direitos internacionais humanitários conseguiram alcançar na sociedade global, ao fazer com que as suas normas sejam aplicáveis directamente a todos os sujeitos do Direito Internacional⁵³⁴ e a primazia da norma mais favorável as vítimas, faz com que o movimento pró-constitucionalismo desembocasse no monismo radical que leva a mundialização do Direito.

Dentro desta aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Estadual imposta hoje pela globalização económica, parece-nos a posição mais consentânea com a realidade à posição monista moderada que de acordo com Jorge Bacelar Gouveia, o radicalismo faria desaparecer ou o Direito Estadual ou o Direito Internacional, pressupostos básicos e condições da existência de um e suporte do outro⁵³⁵.

A nova ordem jurídica internacional ao consagrar o indivíduo como o principal sujeito e objecto do Direito Internacional rompeu as barreiras impostas pela doutrina clássica, assentes no dualismo e no monismo.

Este movimento de viragem conceptual e doutrinária inicia com a proclamada Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e encontrou o seu epicentro na emergência da globalização hegemónica.

⁵³³ PEREIRA, André Gonçalves e Quadros, Fausto de (2009) Manual de Direito Internacional Público, 3ª edição, Almedina, p. 87.

⁵³⁴ Pode-se apontar os novos sujeitos, como: Estados, indivíduos singulares e colectivos, instituições e organizações internacionais ou seja as ordens jurídicas nacionais, transnacionais, regionais e internacionais.

⁵³⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público, op. cit., p.387.

As constituições dos novos Estados que surgiram nas últimas décadas (latino-americanas, africanas e do leste europeias) denotam esta viragem evolutiva doutrinária e política quanto a sua abertura à internacionalização dos seus direitos.

A mesma viragem pró-internacionalização do Direito tem sido visível nas Constituições ditas seculares, por exemplo, de entre várias⁵³⁶, podemos ilustrar através da Constituição de Alemanha que dispõe no seu artigo 25 que “*as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do Direito federal e sobrepõem-se às leis e constituem fonte de direitos e obrigações para os habitantes do território federal*”⁵³⁷ e a Constituição Portuguesa de 1976, dispõe que “*as normas e princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português*”⁵³⁸.

Esta viragem e abertura dos Estados em prol do Direito Internacional tornou-se mais evidente no âmbito das organizações internacionais cujas normas emanadas dos órgãos competentes passam a vigorar directamente na ordem interna dos Estados membros, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

Um outro elemento que marca esta viragem prende-se com o poder legiferante internacional que constituía outrora pertença dos Estados como únicos sujeitos do Direito Internacional.

A evolução do Direito Internacional ditou que os indivíduos, organizações internacionais governamentais e não-governamentais, assim como instituições transnacionais privadas passassem a ostentar a capacidade e a competência de criar o Direito Internacional.

Estas organizações e instituições internacionais não só possuem a competência de criar as normas que são aplicáveis directamente nos ordenamentos dos Estados membros, como a criação de órgãos de supervisão internacional e de garantia quanto a efetivação do fim último preconizado pela constituição ou tratado internacional consagrado.

⁵³⁶ Quanto a aplicação do Direito Internacional nas ordens jurídicas internas das Constituições ditas seculares, veja PEREIRA, André Gonçalves e Quadros, Fausto de (2009) Manual de Direito Internacional Público, op. cit., p. 97 e seguinte e, GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público, op. cit., p.392 e seguintes.

⁵³⁷ Cfr., artigo 25 da Constituição de Alemanha, emendada em 1983.

⁵³⁸ Cfr., n.º1, artigo 8º da Constituição Portuguesa de 1976 (Lei Constitucional n.º 1/2005)

Esta realidade vivida hoje entre o Direito Internacional e o Direito Estadual superou o então debate clássico entre o dualismo e monismo quanto a ideia do Direito.

Portanto, face a esta evolução do Direito Internacional pode-se considerar que as premissas subjacente as teses dualistas e monistas deixam de ter fundamentos e com ela toda a sua racionalidade.

Daí que, a então impossibilidade lógica ou jurídica sustentada pela doutrina clássica de que o indivíduo não podia ser sujeito directo dos instrumentos universais caiu por terra e com esta, os pressupostos que alimentavam o debate entre as correntes dualistas e monistas⁵³⁹.

⁵³⁹ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na proteção dos Direitos Humanos, Centros de Estudos Brasileiro - Biblioteca Virtual, p.18. in www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos-introd.htm , acedido no dia 29.06.15

5.2. A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975

A Constituição da República Popular de Moçambique (CRPM) surge com a proclamação da independência nacional, em 25 de Junho de 1975.

Esta Constituição foi aprovada no dia 20 de Junho de 1975 pelo Comité Central da Frente de Libertação de Moçambique (FRELIMO).

A primeira Constituição de Moçambique independente está composta por 73 artigos, distribuídos em 4 títulos: Princípios gerais; Direitos e deveres fundamentais dos cidadãos; Órgãos do Estado; Símbolos da República Popular de Moçambique; Disposições finais e transitórias.

Uma Constituição carregada de expressões emblemáticas, revolucionárias e socialistas, assente na ideologia e filosofia marxista-leninista. Uma Constituição que embrenha um programa político socialista, direccionada para as conquistas revolucionárias de então⁵⁴⁰.

Esta Constituição seguiu o modelo das Constituições dos outros Estados “socialistas” e em vias de desenvolvimento, levando a marca de democracia popular⁵⁴¹.

Uma Constituição que centraliza os poderes na FRELIMO por ser esta a congregadora de todas as forças vivas da sociedade.

Na essência o poder era pertença do povo – dos operários e camponeses unidos e dirigidos pela FRELIMO⁵⁴². O poder constituinte esteve nas mãos da FRELIMO através do Comité Central até a criação da Assembleia Popular.

Não obstante, mesmo com a criação da Assembleia Popular, na essência o poder constituinte, continuou nas mãos do Comité Central da FRELIMO.

Esta Constituição de um Estado socialista emergente, fora construído dentro da ideia do poder unitário, onde os poderes estavam centralizados na FRELIMO. Daí que, as

⁵⁴⁰ CARRILHO, José Norberto e NHAMISSITANE, Emídio (1991) Alguns aspectos da Constituição, EDICIL, Maputo, p.12.

⁵⁴¹ Ibidem, p.15.

⁵⁴² Cfr., artigo 2, da CRPM.

modificações ou seja as revisões constitucionais operadas na Lei Fundamental foram feitas através do Comité Central da FRELIMO, por exemplo, a alteração do artigo 38º da CRPM foi operada na 2ª Secção do Comité Central e a nova formulação atribuída ao artigo 57º da CRPM foi operada na 8ª Secção⁵⁴³.

A primeira Constituição consagra no Título I – Princípios gerais – seis artigos⁵⁴⁴ relativos a política de relações internacionais. Esta política está direccionada aos “*povos que lutam pela sua libertação nacional*”, às “*forças democráticas e progressistas do mundo*” e privilegia a “*solidariedade com os países socialistas, seus aliados naturais...*”⁵⁴⁵.

No âmbito do Direito Internacional, a Constituição acolhe no seu artigo 23.º “*os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Organização da Unidade Africana*”, afirmando claramente que “*aceita, observa e aplica-os*”.

A Constituição de 1975 não faz referência ao instituto da expulsão e extradição, embora faça alusão ao asilo: o direito do asilo pode ser concedido em razão da “*luta pela paz, pela democracia e pela liberdade nacional e social*”⁵⁴⁶.

A Constituição de 1975 foi revolucionária ao romper com a filosofia subjacente na Constituição Colonial Portuguesa de 1930⁵⁴⁷.

A Constituição de 1975 foi objecto de cinco revisões⁵⁴⁸, ditadas pela dinâmica do centralismo democrático, unidade do poder político e pela crise económica dos anos 80. Estas revisões, embora tivessem mantido sem alterar as provisões relativas ao Direito

⁵⁴³ Cf., BR., n.º 100, Sup., de 30 de Abril de 1977 e BR., n.º 42, de 10 de Abril de 1976.

⁵⁴⁴ Cfr., os artigos 20.º, 2.º, 22.º, 23.º, 24.º, e 25.º, da CRPM de 1975.

⁵⁴⁵ Cfr., os artigos 21.º e 22.º, da CRPM de 1975.

⁵⁴⁶ Cfr., o artigo 25.º, da CRPM de 1975.

⁵⁴⁷ Em 1975, não obstante, Portugal ser país europeu, ainda não era membro da Comunidade Europeia. A Constituição da República Portuguesa surge em 1976.

⁵⁴⁸ A 1.ª Revisão de 1976 alterou o artigo 57.º, conferindo poderes as Assembleias Provinciais como os mais altos órgãos de Estado nas províncias. A 2.ª Revisão de 1977 fez um aditamento ao artigo 38.º regulando a forma de deliberação da Assembleia da República. A 3.ª Revisão de 1978 introduziu a Declaração da proclamação da Independência Nacional como Preâmbulo da Constituição. A Assembleia da República é atribuída a tarefa da revisão Constitucional, outrora competência do Comité Central da Frelimo. As disposições relativas aos órgãos do Estado – Assembleia Popular, Conselho de Ministros, órgãos locais do Estado e à organização judiciária são revistas. A 4.ª Revisão de 1984 alterou o texto do artigo 77.º da CRPM, caracterizando a nova Bandeira Nacional criada por ocasião do IV Congresso do Partido Frelimo. A 5.ª Revisão de 1986, vai acomodar os dois cargos recém-criados – Presidente da Assembleia Popular e de Primeiro-Ministro – visando dinamizar o funcionamento dos órgãos do Estado e de desenvolvimento da sociedade moçambicana.

Internacional, não obstante, a 5ª revisão – Lei n.º 4/86 de 25 de Junho - deram uma viragem a política externa e as relações internacionais do Estado.

A política da economia centralizada no Estado, materializada no então Plano Económico Central (PEC) e no Plano Prospectivo e Indicativo (PPI), não conseguiu responder as exigências de base para alavancar a economia devastada pelas guerras e calamidades naturais cíclicas.

Os investimentos e os resultados esperados contradiziam-se gradualmente que acabaram por arrastar a economia ao abismo⁵⁴⁹. Os resultados negativos dos investimentos planeados centralmente desencadearam numa queda vertiginosa do poder de compra e com este o seu afastamento ou isolamento do sistema económico mundial (quer dos aliados naturais quer do sistema capitalista).

No início da década de 1980 a economia do país estava totalmente estrangulada – consumia-se o que não se produzia⁵⁵⁰. Este resvalo da economia e da falta de sinais encorajadores da sua recuperação fez com que os aliados naturais com que Moçambique sempre contou – ora abraços com os problemas internos e conjunturais - não pudessem mais disponibilizar a ajuda ao país.

Coincidentemente, nesta fase derradeira da economia moçambicana, o aliado principal de Moçambique, a então URSS, iniciou uma viragem na sua política externa e consequentemente já não podia providenciar mais apoio económico e militar para Moçambique⁵⁵¹.

Esta realidade fez que o Governo reconhecesse o fracasso da estratégia económica socialista e do modelo de planeamento central.

⁵⁴⁹ O IV Congresso da FRELIMO em 1983 foi caracterizado pelas críticas contra as políticas de desenvolvimento que levaram o país ao abismo. Os investimentos feitos não surtiram os efeitos desejados. As machambas estatais não revolucionaram a agricultura e nem a economia. Vide, ABRHAMSSON H. e NILSSON A. (1994) Moçambique em Transição. Um estudo da história de desenvolvimento durante o período de 1974 – 1992, PADRIGU/CEEI-ISRI, pp. 48 e ss.

⁵⁵⁰ A gravidade da situação económica era tal que cerca de metade daquilo que se consumia era importado e a própria produção agrícola e indústria estava paralisada.

⁵⁵¹ TRINDADE, João Carlos, 2012, Ruptura e Continuidades nos Processos políticos e Jurídicos, op. cit., p. 113.

A insustentabilidade do modelo socialista levou o Governo a identificar novas estratégias económicas, de relacionamento e de desenvolvimento que rapidamente pudessem salvar a economia e o seu povo.

Nesta azáfama de busca de uma rápida solução, o Estado retrata-se face as ideologias marxistas-leninistas e adere aos acordos estabelecidos na Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, realizadas em Bretton Woods, New Hampshire, em 22 de Julho de 1944, para obter a ajuda financeira de emergência a fim de minimizar os efeitos da fome e miséria e garantir a sobrevivência do povo⁵⁵².

Foi através do Decreto nº 6/84, de 19 de Setembro que o Governo autoriza o Ministério das Finanças da Republica Popular de Moçambique a subscrever os Acordos relativos ao Fundo Monetário Internacional, ao Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento e a Associação Internacional de Desenvolvimento (IBWs).

No campo político militar, uma vez desprovido de todo o apoio bélico da URSS, o Estado não tinha como se defender e viu-se obrigado de entrar em acordo “*de não-agressão*” com a África do Sul em 1984 – acordo de N’Komati.

Este acordo visava resolver dois problemas:

- Primeiro, cessando a hostilidade⁵⁵³ com a RSA, esta deixaria de apoiar a Renamo, o movimento de guerrilha e desestabilizador social e económico (treinado, equipado e apoiado pelas forças armadas de RSA e da antiga Rodésia de Iam Smith);

- Segundo, mostraria ao mundo que Moçambique era um país que prosseguia uma política de paz e defendia o princípio do desarmamento geral e universal de todos os Estados⁵⁵⁴. Este último surge como um dos requisitos para a sua aceitação dentro das organizações financeiras de ajuda humanitária e de desenvolvimento internacional.

⁵⁵² O Governo precisava de pedir um empréstimo financeiro urgentemente para fazer face a situação de emergência alimentar e mostrar ao mundo a mudança ideológica e a adesão a economia de mercado.

⁵⁵³ Na verdade, sem o apoio militar da URSS e seus aliados o Estado Moçambicano não tinha capacidade militar e nem bélico com que se defender e muito menos alimentar a guerra contra a RSA e a Rodésia.

⁵⁵⁴ Cfr., artigo 24 da CRPM de 1975.

Moçambique para responder às exigências e os requisitos de aceitação como membro nas IBWs toma as medidas preconizadas nos acordos e harmoniza o seu ordenamento interno em função daqueles⁵⁵⁵.

Em Maio de 1985 o Governo introduz, experimentalmente, as primeiras medidas de liberalização dos preços de alguns produtos, como sinal e resposta às exigências ou normas de ajuda a concessão do crédito⁵⁵⁶.

A revisão constitucional de 1986 – Lei n.º 4/86, de 26 de Junho surge como uma oficialização das mudanças estruturais políticas e económicas outrora iniciadas e em curso que visam a descentralização do poder unitário do Estado.

Com esta revisão cria-se o cargo de Presidente da Assembleia Popular, oficialmente o Chefe de Estado cede o seu poder outrora como Presidente da Assembleia Popular, embora na prática continuasse a exercer este poder visto este ser nomeado e exonerado por aquele. Cria-se o cargo de Primeiro-Ministro como Chefe do Governo, separando ou desconcentrando o poder executivo outrora pertença do Chefe de Estado.

⁵⁵⁵ Cfr., artigo 2, do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro, que dispõem: “...o país assume as correspondentes obrigações e que de harmonia com as suas Leis, tomou as medidas necessárias a garantir o cumprimento das obrigações impostas aos participantes do mencionado Departamento”. De entre outras exigências, pode-se destacar, a emissão dos títulos não negociáveis e isentos de juros. Cfr., o artigo 3, do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro.

⁵⁵⁶ Um mês depois, em Junho, o Banco Mundial aprovou o primeiro pacote da ajuda no valor de US\$25.000.000,00.

5.3. A Constituição da República de Moçambique de 1990

As transformações económicas e políticas internas e conjunturais ditaram uma viragem ao destino da nova República Popular. Para enfrentar a nova realidade determinada pela *Perestroika*, por um lado, e pelas guerras, interna e externas, por outro lado, o legislador cria uma nova Constituição, como ponto de convergência destes dois vectores.

A Constituição de Moçambique de 1990 coloca um marco na história do Estado de democracia popular e uma mudança no sentido da construção do Estado de Direito e de justiça social.

Nesta viragem, o legislador, para adequar a nova Constituição aos ditames do Estado de Direito, abraça os novos institutos democráticos, alterando e enriquecendo o texto constitucional, passando esta de 81 para 206 artigos.

A Constituição de 1990, democrática e pluralista, elimina as referências ideológicas marxistas-leninistas e o monismo político-partidário, estabelecendo claramente a nova estrutura democrática, a liberdade política e a consagração dos direitos fundamentais⁵⁵⁷.

No âmbito da política externa, Moçambique acolhe a filosofia política do movimento dos não-alinhados e, para o efeito, o legislador consagra um capítulo específico, neste instituto, composto por quatro artigos⁵⁵⁸.

Neste contexto, Moçambique vai agir dentro dessa nova política nas suas relações externas, vincando este estatuto de país não-alinhado. O legislador, para evidenciar este vínculo nas relações externas de Moçambique, estabelece, no primeiro artigo da Política Externa, o seguinte: “*A República de Moçambique, país não-alinhado, estabelece relações de amizade e cooperação...*”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar (1999) Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição moçambicana de 1999, p.5

⁵⁵⁸ Cfr., Capítulo VI, da CRM de 1990.

⁵⁵⁹ Cfr., n.º 1, artigo 62º, da CRM de 1990.

Nesta Constituição, as normas do Direito Internacional não sofreram alterações de conteúdo, apenas de estrutura lógico-formal.

As disposições da Constituição de 1975 relativas ao Internacionalismo Socialista e ao Estado do Poder Popular foram reconvertidas dentro da nova estrutura e depuradas de expressões ideológicas.

Pode-se constatar, por exemplo, no número 1 do artigo 62º da CRM de 1990, corresponde na íntegra ao segundo parágrafo do artigo 23.º, da CRPM de 1975, que dispõe o seguinte: “*A República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da Organização da Unidade Africana*”.

Não obstante, aparentemente, quando se olha para as normas do Direito Internacional parece claro e evidente não ter havido alterações nas disposições sobre política externa e do Direito Internacional.

Todavia, a nova política económica adoptada pelo Estado e disposta na Constituição de 1990 – economia de mercado⁵⁶⁰ – na prática revolucionou as relações entre o Estado Moçambicano e o Direito Internacional.

Consequentemente, a economia de mercado ditou nova filosofia política e económica de relacionamento internacional que levou o Estado ajustar-se aos modelos de políticas e do Direito Internacional Económico.

Esta revolução inicia em Janeiro de 1987, quando o Governo lança o Programa de Reabilitação Económica (PRE), apoiado pelas IBWs, para se erguer e permitir uma transição da economia centralizada para a economia de mercado.

Dentro deste espírito, as IBWs desenharam um programa de ajustamento estrutural que continha de, entre outras, estratégias ou medidas de liberalização dos preços, de redução do défice orçamental, de privatização das empresas estatais, de contracção

⁵⁶⁰ Cfr., artigo 41º da CRM de 1990.

monetária e da elevação das taxas de juros e corte drástica das despesas publicas⁵⁶¹ e sociais.

Este imperativo ditado pelas IBWS impulsionou o Governo a lançar uma série de medidas legais e institucionais para reformar o seu ordenamento jurídico interno e ajustá-lo ao modelo neoliberal e de economia do mercado e tendo como fonte de Direito pós-estatal ou do Direito Internacional das organizações internacionais de desenvolvimento económico, tais como as IBWs e outras.

Quanto a Política Externa, a Constituição de 1990 embora estabeleça no início uma relação privilegiada com os países não-alinhados⁵⁶², abre-se a ordem económica internacional estreitando assim as suas relações internacionais com todos os Estados (inclusive os Estados capitalistas que outrora foram combatidos como inimigos do povo) e consequentemente as implicações que estas possam trazer ao ordenamento jurídico interno⁵⁶³.

Esta abertura ditou que o Estado se abrisse sem precedentes aos mecanismos internacionais de financiamentos e cooperação bilateral e multilateral com todos os países, independentemente do seu regime económico e social e à participação nas diversas instituições económicas e financeiras internacionais, como sinal de viragem e reconciliação com o sistema capitalista.

A Constituição de Moçambique de 1990 foi objecto de quatro revisões e estas não afectaram às cláusulas internacionais e nem as da Política Externa⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ TRINDADE, João Carlos (2012) Ruptura e Continuidades nos Processos políticos e Jurídicos, op. cit., p. 113.

⁵⁶² Cfr., n.º 1, artigo 62º da CRM de 1990.

⁵⁶³ Cfr., n.º 3, artigo 63º da CRM de 1990.

⁵⁶⁴ A 1ª Revisão de 8 de Outubro de 1992, acrescentou um n.º 3 ao artigo 204º, relativa as propostas de alteração da Constituição. A 2ª Revisão de 9 de Outubro de 1992, reviu as formas de eleição dos órgãos representativos e do Presidente da República. A 3ª Revisão de 1996, introduziu princípios e disposições sobre o Poder Local. A 4ª Revisão de 1998, alterou as disposições sobre a eleição dos órgãos de soberania.

5.4. A Constituição da República de Moçambique de 2004

A Constituição Moçambicana de 2004 surge como o culminar de um processo de democratização do país e da experiência do novo regime democrático e pluralista.

Esta Constituição, não sendo considerada integralmente como uma nova Constituição, pretendeu ser “*a primeira grande revisão da Constituição Moçambicana de 1990*”⁵⁶⁵.

Para o efeito, o seu anteprojeto foi objecto de debate nacional com o objectivo de colher maior consenso político e auscultação da sociedade civil.

A Constituição Moçambicana de 2004 estabelece um Capítulo intitulado *Política Externa e Direito Internacional*, composto por seis artigos sobre *Relações Internacionais* (artigo 17º), *Direito Internacional* (artigo 18º), *Solidariedade Internacional* (artigo 19º), *Apoio à liberdade dos povos e asilo* (artigo 20º), *Laços especiais de amizade e cooperação* (artigo 21º) e *Política de paz* (artigo 22º).

A Constituição de Moçambique de 2004 surge depois da experiência da democratização do país, que inicia com o acordo geral de paz, com a introdução do multipartidarismo, ampliação dos direitos, deveres e liberdades fundamentais, as primeiras eleições multipartidárias, o presidencialismo multipartidário, descentralização administrativa, as autarquias locais e a criação do Conselho Constitucional como órgão de soberania.

Esta Constituição leva consigo uma grande marca e um objectivo que se prende com o desenvolvimento, o aprofundamento e a consolidação do Estado de Direito Democrático.

Para o aprofundamento deste Estado de Direito Democrático, o legislador teve como fonte de Direito o Direito Internacional, dentro da matriz europeu-ocidental.

⁵⁶⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar (1999), Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição moçambicana... op. cit, pg.6.

Este aprofundamento teve incidência nos princípios fundamentais do Estado e na soberania do Estado de Direito Democrático. Este último teve como alicerce a separação e interdependência dos poderes, o pluralismo de expressão, a organização partidária e o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos⁵⁶⁶.

Os direitos e liberdades fundamentais objectos de aprofundamento encontram como fonte os vários instrumentos internacionais de Direitos Humanos Fundamentais e consubstanciadas na Lei Fundamental de Bom, de 23 de Maio de 1949.

O legislador ao desenvolver os direitos e liberdades fundamentais no texto da Constituição de Moçambique de 2004 entendeu que estes deviam ter como pressupostos a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos⁵⁶⁷.

Os direitos, liberdades e garantias premeiam e vinculam todas as entidades, públicas, privadas e a sociedade civil no geral. Nesta última entidade, o legislador põe mais ênfase nos direitos e deveres dos cidadãos em relação aos seus semelhantes, à comunidade e ao Estado.

Esta ênfase colocada nos deveres reflecte a filosofia subjacente na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos que coloca as virtudes e os valores das tradições e civilizações africanas “acima” dos direitos individuais. Esta vai mais longe quando impõe deveres ao cidadão para com a família, a sociedade, o Estado, a colectividades e para com a Comunidade Internacional⁵⁶⁸.

O legislador partindo desta filosofia africana desenvolve os preceitos constitucionais sobre os deveres, estabelecendo nos artigos 44º, 45º e 46º, os deveres que o cidadão deve ter para com os seus semelhantes, os deveres para com a comunidade e os deveres para com o Estado. Na essência, estes deveres não são senão uma transposição dos artigos 27º, 28º e 29º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

⁵⁶⁶ Cfr., §4º do Preâmbulo da CRM de 2004.

⁵⁶⁷ Cfr., artigo 43º da CRM de 2004.

⁵⁶⁸ Cfr., n.º 1do artigo 27º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

5.4.1. A reafirmação do desenvolvimento e a consolidação da Democracia

O primeiro princípio fundamental que a Constituição de Moçambique de 2004 visa reafirmar, desenvolver e aprofundar é o princípio democrático introduzido pela Constituição de Moçambique de 1990.

O texto e a lógica da Constituição de Moçambique de 2004 têm como pressuposto a ideia ou teoria do Estado de Direito Democrático. O preâmbulo da Constituição resume e estabelece inequivocamente os pressupostos básicos subjacentes nesta Constituição que consistem na reafirmação, desenvolvimento e aprofundamento da democracia em Moçambique.

Inequivocamente, a Constituição de Moçambique de 2004, dispõem no preâmbulo que *“a presente Constituição reafirma, desenvolve e aprofunda os princípios fundamentais do Estado moçambicano, consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático”*⁵⁶⁹.

A indicação do princípio democrático que atravessa todo o texto constitucional parte do preâmbulo e entra nos *Princípios Fundamentais*, dispondo claramente no 1º e 2º artigos que *“A República de Moçambique é um Estado independente, soberano, democrático e de justiça social”*⁵⁷⁰ e, *“...a soberania reside no povo...”*⁵⁷¹.

O princípio democrático torna-se mais expressivo e desenvolvido no capítulo dos *Direitos, Liberdades e Garantias de Participação Política*, que evidencia os mecanismos da efectivação da democracia. Por exemplo, o exercício do poder político para a escolha dos representantes do povo é feito por sufrágio universal. A decisão sobre as grandes questões nacionais é feita por referendo.

⁵⁶⁹ Cfr., § 4º do preâmbulo da CRM de 2004.

⁵⁷⁰ Cfr., artigo 1º da CRM de 2004.

⁵⁷¹ Cfr., n.º 1, artigo 2º da CRM de 2004.

Não obstante, o legislador enfatiza que este exercício, assim como a vida da Nação deve ser desenvolvida sempre com a participação democrática dos cidadãos e de forma permanente⁵⁷².

Quanto à *Organização do Poder Político*, o princípio de democracia está disposto de uma forma mais imperativa. A democracia passa a ser o princípio e a regra geral para a designação dos titulares dos órgãos electivos de soberania, das províncias e do poder local, através do sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico⁵⁷³.

Quanto aos *Limites Matérias da Revisão Constitucional*, o princípio democrático constitui a regra de todo o exercício. Por exemplo, a lei de revisão constitucional têm de respeitar, de entre outras, os direitos, liberdades e garantias fundamentais, o sufrágio universal, o pluralismo de expressão e de organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática⁵⁷⁴.

Por outro lado, o legislador impõe e condiciona que as alterações das matérias estabelecidas como limites a revisão constitucional sejam obrigatoriamente sujeitas a referendo⁵⁷⁵.

O legislador vai criar mais aberturas para o desenvolvimento e consolidação da democracia através dos seguintes mecanismos: o Conselho de Estado, o Conselho Superior de Comunicação Social, o Provedor da Justiça, as Assembleias Provinciais e Autarquias Locais⁵⁷⁶. Assim, entende o legislador que com estes órgãos vai dinamizar os governados para activamente influenciarem a actividade e o percurso dos governantes e exercer um efectivo controlo⁵⁷⁷.

O princípio democrático trespassa os direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Os trabalhadores têm a liberdade de se organizarem em associações

⁵⁷² Cfr., artigo 73º da CRM de 2004.

⁵⁷³ Cfr., n.º1, artigo 135º da CRM de 2004.

⁵⁷⁴ Cfr., n.º1, artigo 292º da CRM de 2004.

⁵⁷⁵ Cfr., n.º2, artigo 292º da CRM de 2004.

⁵⁷⁶ GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento (2009) *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, CIEDIMA, SARL, Maputo, p. 108.

⁵⁷⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2005) *Direito Constitucional de Moçambique*, IDILP, p.246.

profissionais. Todavia, as suas actividades devem reger-se pelos princípios da organização e gestão democrática⁵⁷⁸.

5.4.2. A consagração do carácter soberano do Estado

O segundo princípio que a Constituição de Moçambique de 2004 pretende desenvolver, aprofundar e consolidar é o *Princípio da Soberania Popular*. A Constituição faz referência nos primeiros artigos e indica claramente que a República de Moçambique é um Estado independente e soberano e que a soberania reside no povo.

O povo exerce a soberania segundo as formas fixadas na Constituição. Sendo a República de Moçambique um Estado de Direito Democrático a intervenção popular no sistema político é feita através de três modalidades:

- i) Democracia representativa – “*O povo moçambicano exerce o poder político através do sufrágio universal, directo, igual, secreto... para os seus representantes...*”⁵⁷⁹;
- ii) Democracia referendária ou semidirecta – “*o povo moçambicano exerce o poder político... por referendo sobre as grandes questões nacionais...*”⁵⁸⁰.
A Constituição de Moçambique estabelece dois tipos de referendo, a saber, o político-legislativo⁵⁸¹ e o constitucional⁵⁸²;
- iii) Democracia participativa – esta manifesta-se através do exercício do direito político ou dever cívico do cidadão, quanto a sua participação activa na solução dos problemas da sociedade, através de ideias ou sugestões. A Constituição consagra vários instrumentos para o exercício deste direito fundamental, tais como: a liberdade de opinião⁵⁸³, a liberdade de

⁵⁷⁸ Cfr., n.º 2, do artigo 86º da CRM de 2004.

⁵⁷⁹ Cfr., artigo 73º e o n.º1, do artigo 135º, ambos da CRM de 2004.

⁵⁸⁰ Cfr., artigo 73º da CRM de 2004.

⁵⁸¹ Cfr., artigo 13º da CRM de 2004.

⁵⁸² Cfr., n.º2, artigo 292º da CRM de 2004.

⁵⁸³ Cfr., n.º1, artigo 48º da CRM de 2004.

imprensa⁵⁸⁴, a liberdade de reunião e manifestação⁵⁸⁵, a liberdade de associação⁵⁸⁶, a liberdade de criação e de militância nos partidos políticos⁵⁸⁷, o direito de petição perante órgãos públicos⁵⁸⁸.

Estas três modalidades de intervenção popular constituem os três pilares da soberania. A forma como estas três modalidades se processam permeia o exercício do poder democrático.

5.4.3. A reafirmação e consolidação do Estado de Direito Democrático

A Constituição de Moçambique de 2004 consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático⁵⁸⁹. O carácter soberano do Estado de Direito Democrático pressupõe o princípio do Estado de Direito. Integram o princípio do Estado de Direito, de entre outros, os princípios de juridicidade e da constitucionalidade, o princípio da separação de poderes e o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança⁵⁹⁰.

O princípio da juridicidade e da constitucionalidade trespassa toda a Constituição. Este princípio que permeia a Constituição confere a esta o sentido sistemático de uma ordem jurídica estruturada, hierárquica, coesa e autónoma.

A Constituição de Moçambique de 2004 inicia com preceitos sobre juridicidade e constitucionalidade declarativas quando no artigo de soberania e legalidade dispõe que o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade e que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico⁵⁹¹.

⁵⁸⁴ Cfr., n.º 1, 3, 4 e 5, do artigo 48º da CRM de 2004

⁵⁸⁵ Cfr., artigo 51º da CRM de 2004

⁵⁸⁶ Cfr., artigo 52º da CRM de 2004

⁵⁸⁷ Cfr., artigo 53º da CRM de 2004

⁵⁸⁸ Cfr., artigo 79º da CRM de 2004. Vide, GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) *Direito Constitucional de Moçambique*, IDILP, p.272.

⁵⁸⁹ Cfr., §4º do Preâmbulo da CRM de 2004.

⁵⁹⁰ Vide o desenvolvimento destes princípios na obra do autor GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) *Direito Constitucional de Moçambique*, IDILP, pp. 210 e ss..

⁵⁹¹ Cfr., artigos 3º e 4º da CRM de 2004.

Ao longo do texto constitucional o legislador quando dispõe sobre direitos, liberdades e garantias em geral subordina-os a legalidade. Compulsando sobre o texto constitucional constata-se que as disposições sobre direitos, liberdades e garantias terminam geralmente com as seguintes remissões: “...segundo as formas fixadas na Constituição”; “... são determinados pela Constituição e regulados por lei”; “...são fixados por lei”; “... nos termos da lei”; “...constantes das leis”; “...previsto na lei”; “...estabelecidos na Constituição e nas demais leis”, etc...

O princípio da juridicidade no ordenamento jurídico moçambicano coloca a lei constitucional no topo da ordem jurídica. A Constituição de Moçambique de 2004 dispõe que “As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”⁵⁹². Consequentemente, o legislador estabelece que “nos feitos submetidos a julgamento, os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”⁵⁹³.

O legislador constitucional ao projectar os preceitos constitucionais teve a “primazia” de atribuir as normas de Direito Internacional que vinculam internacionalmente o Estado de Moçambique o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais, emanados da Assembleia da República e do Estado.

Dentro deste mesmo aprofundamento do princípio da juridicidade e da constitucionalidade, quando o Estado reconhece constitucionalmente os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, subordina-os aos valores e princípios fundamentais da Constituição⁵⁹⁴.

A Constituição de Moçambique de 2004 quando pretende reafirmar, desenvolver e aprofundar o princípio da juridicidade e da constitucionalidade procura integrar, adequar e sistematizar os diversos componentes num único ordenamento jurídico que se pretende coeso e funcional, ancorado na Constituição.

Consagrar o carácter soberano do Estado de Direito Democrático é projectar o princípio da separação de poderes, onde cada órgão do Estado exerceria uma função, a

⁵⁹² Ibidem.

⁵⁹³ Cfr., artigo 214º da CRM de 2004.

⁵⁹⁴ Cfr., artigo 4º da CRM de 2004.

saber: i) o órgão parlamentar caber-lhe-ia a função legislativa; ii) o órgão executivo, a função administrativa e; iii) o órgão judiciário, a função jurisdicional⁵⁹⁵.

O legislador moçambicano pretendeu consagrar este princípio de separação de poderes agregando-lhe o conceito ou o princípio de “*interdependência*”. Este dispõe no Título sobre *Organização do Poder Político* um artigo sobre *Separação e Interdependência*: “*Os órgãos de soberania assentam nos princípios de separação e interdependência de poderes consagrados na Constituição e devem obediência à Constituição e às leis*”⁵⁹⁶.

O princípio de separação e interdependência de poderes, ora consagrado pela Constituição de Moçambique de 2004, constitui um dos limites materiais que deve ser respeitado pelas leis da revisão constitucional⁵⁹⁷.

a) Quanto ao poder legislativo

O poder legislativo pertence à Assembleia da República. Esta é o mais alto órgão legislativo da República de Moçambique. Todavia, esta competência exclusiva da Assembleia da República pode ser “delegada” ao Governo para legislar sobre outras matérias, sob forma de decreto ou decreto-lei⁵⁹⁸.

Quanto a independência do poder legislativo, a Constituição de 2004 limitou a consolidar o estabelecido pela Constituição de Moçambique de 1990. O poder interventivo do Presidente da República sobre a Assembleia da República continua a “beliscar” a independência do poder legislativo.

O Presidente da República não só pode vetar a lei e devolvê-la para o reexame, como também pode dissolver a Assembleia da República, quando o programa do Governo não tenha sido aprovado⁵⁹⁹ e no caso da crise institucional.

⁵⁹⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, IDILP, pp. 212 e ss..

⁵⁹⁶ Cfr., artigo 134º da CRM de 2004.

⁵⁹⁷ Cfr., alíneas c), n.º1, do artigo 292º da CRM de 2004.

⁵⁹⁸ Cfr., n.º3, do artigo 179º da CRM de 2004.

⁵⁹⁹ Cfr., artigo 188º da CRM de 2004.

O Presidente da República, de acordo com a Constituição, é Chefe do Estado e do Governo. O Governo através da autorização da Assembleia da República é-lhe atribuído o poder legiferante. Consequentemente, o Presidente da República na qualidade de Chefe do Governo participa na criação da legislação nacional.

b) Quanto ao poder executivo

A função administrativa compete ao Governo. Quanto a independência do poder executivo, a Constituição de Moçambique de 2004 pretendeu só consolidá-la. O Governo, na prática, possui o poder legislativo e executivo em simultâneo. Esta realidade não nos parece respeitar rigorosamente o princípio de separação de poderes, mas uma interdependência concertada entre os dois poderes.

c) Quanto ao poder Judicial

A Constituição de Moçambique de 2004 reafirma o poder judicial. A independência do poder judicial já tinha sido reforçada aquando da Constituição de 1990. O Tribunal Supremo foi definido outrora como “*o mais alto órgão judicial com jurisdição em todo o território nacional*”⁶⁰⁰, de acordo com a Constituição de Moçambique de 1990.

A Constituição de Moçambique de 2004, no âmbito do seu desenvolvimento e aprofundamento, aprimora esta atribuição e define-o como o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais.

O poder judicial conta com os Conselhos Superiores de Magistraturas (Judicial ou do Ministério Público) como órgão de gestão e disciplina das magistraturas.

⁶⁰⁰ Cfr., n.º2, do artigo 168º da CRM de 1990.

Quanto aos estatutos e a independência dos juízes, o legislador acresceu nos seus direitos e garantias a inamovibilidade, não podendo este ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos, senão nos casos previstos na lei⁶⁰¹.

Quanto a independência do poder judicial, a Constituição de 2004 limitou a consolidar, não desenvolveu e nem o aprofundou.

O Presidente da República é investido no seu cargo pelo Presidente do Conselho Constitucional⁶⁰². Não obstante, compete ao Presidente da República nomear o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Supremo, o Presidente do Conselho Constitucional, o Presidente do Tribunal Administrativo, o Procurador-Geral e os Vice-Procuradores-Gerais da República⁶⁰³ e dois membros do Conselho Superior da Magistratura Judicial⁶⁰⁴.

Ironicamente, a Constituição de Moçambique de 2004 pretende reafirmar a influência do Presidente da República sobre o poder judicial. A nomeação dos presidentes e vice-presidentes das mais altas jurisdições e membros dos Conselhos Superiores da Magistratura Judiciais e do Ministério Público pelo Presidente da República não cria a independência e credibilidade ao Poder Judicial.

Por outro lado, a competência atribuída ao Presidente da República, no exercício das suas funções de indultar e comutar penas⁶⁰⁵ é apontada como uma das interferências no poder judicial.

A consagração soberana do Estado de Direito Democrático materializa-se também através do princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança.

A Constituição de Moçambique de 2004 consagra o princípio da segurança jurídica através do artigo 144 que dispõe no n.º 1 que: “*São publicados no Boletim da República, sob pena de ineficácia jurídica*” os seguintes actos normativos: “a) as leis....”⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Cfr., n.º3, do artigo 217º da CRM de 2004.

⁶⁰² Cfr., n.º1, do artigo 150º da CRM de 2004.

⁶⁰³ Cfr., alíneas g) e h) do artigo 159º da CRM de 2004.

⁶⁰⁴ Cfr., alíneas c), n.º1, do artigo 221º da CRM de 2004.

⁶⁰⁵ Cfr., alíneas 1) do artigo 159º da CRM de 2004.

⁶⁰⁶ Cfr., n.º1, do artigo 144º da CRM de 2004.

Quanto ao princípio da protecção da confiança, a Constituição de Moçambique de 2004 estabelece de entre outros, os seguintes preceitos: *“Na República de Moçambique as leis só podem ter efeitos retroativos quando beneficiam os cidadãos e outras pessoas singulares”*⁶⁰⁷; *“Ninguém pode ser condenado por acto qualificado como crime no momento da sua prática”*⁶⁰⁸.

5.4.4. A reafirmação do respeito e das garantias dos direitos e liberdades fundamentais

A Constituição de Moçambique de 2004 ao consagrar o princípio de universalidade e igualdade, no artigo 35º, destaca no artigo seguinte o princípio da igualdade do género. Estes dois princípios vêm consagrados desde à Constituição de Moçambique de 1975.

O princípio da igualdade do género, na Constituição de Moçambique de 1975, esteve consagrado através da figura da emancipação da mulher.

A emancipação da mulher aquando da Constituição revolucionária constituía uma das principais tarefas do Estado quanto a sua promoção⁶⁰⁹.

O legislador tendo ratificado em 1993 a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher reforçou destacando a igualdade entre o homem e a mulher perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural⁶¹⁰.

Quanto aos direitos, deveres e liberdades, o legislador consagrou, desenvolveu e aprofundou o pluralismo de expressão através de disposições sobre a liberdade de expressão e informação, direito de antena, de resposta e de réplica política, direito a liberdade de reunião e de manifestação, liberdade de consciência, de religião e de culto.

⁶⁰⁷ Cfr., artigo 57º da CRM de 2004.

⁶⁰⁸ Cfr., n.º 1, do artigo 60º da CRM de 2004.

⁶⁰⁹ Cfr., artigo 17º da CRPM de 1975.

⁶¹⁰ Cfr., artigo 36º da CRM de 2004. Vide, também o artigo 3º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Quanto à liberdade de expressão e informação, tendo como fonte de Direito o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o legislador dispôs claramente as liberdades e garantias do cidadão.

Nestas liberdades evidencia a faculdade do cidadão divulgar o seu próprio pensamento e o exercício do direito à informação⁶¹¹. Por outro lado, coloca em termos claros o direito ao acesso às fontes de informação, a protecção da independência e do sigilo profissional⁶¹².

Quanto as garantias, o Estado passa a garantir a isenção dos meios de comunicação social do sector público, bem como a independência dos jornalistas perante os poderes do Estado. Para a materialização destas garantias criou o Conselho Superior de Comunicação Social.

Este Conselho visa assegurar a independência dos meios de comunicação social, no exercício dos direitos à informação, à liberdade de imprensa e aos direitos de antena e de resposta⁶¹³.

Quanto ao direito de antena, de resposta e de réplica política, o Estado passa a garantir estes direitos não só aos partidos políticos, mas também às organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas e sociais⁶¹⁴.

Quanto ao exercício do direito à informação, a Constituição ao transpor as disposições do artigo 19º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos resolveu os constrangimentos havidos aquando da adoção da Lei n.º 19/2002, de 10 de Outubro, que introduziu alterações a Lei n.º 6/97, de 28 de Maio, relativa a eleição dos órgãos das autarquias locais. O artigo 33º da Lei n.º 19/2002, de 10 de Outubro, proibia a divulgação dos resultados das sondagens ou de inquéritos relativos a opinião dos eleitores quanto aos concorrentes à eleição, sete dias antes do início da votação até à divulgação dos resultados eleitorais.

⁶¹¹ Cfr., n.º 2 do artigo 48º da CRM de 2004.

⁶¹² Cfr., n.º 3 do artigo 48º da CRM de 2004.

⁶¹³ Cfr., artigo 50º da CRM de 2004.

⁶¹⁴ Cfr., n.º 3 do artigo 49º da CRM de 2004.

Quanto à liberdade de consciência, de religião e de culto, o legislador aprimora esta liberdade através da sua aproximação ao disposto no artigo 18º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Para o efeito vai alargar o domínio desta liberdade através da consagração do princípio da proteção dos locais de culto e do direito à objecção da consciência⁶¹⁵.

No aprofundamento do princípio da laicidade do Estado, o legislador mantém a separação e neutralidade entre o Direito, o Estado e a Religião⁶¹⁶.

O artigo 12º da Constituição de Moçambique de 2004, na sequência da lógica das Constituições anteriores, estabelece inequivocamente a laicidade do Estado e a separação entre este e as confissões religiosas. Todavia, nesta Constituição de Moçambique de 2004 retira o adjectivo “absoluto” que constava na disposição sobre a separação na Constituição de Moçambique de 1975.

A partir da Constituição de Moçambique de 2004 deixa de existir uma separação “absoluta”. A religião e as confissões religiosas passam a ser reconhecidas de facto e as suas actividades valorizadas.

As actividades das confissões religiosas passaram a ser acarinhadas porque o legislador entendeu que estas concorriam para a promoção de um clima de entendimento, tolerância, paz e o reforço da unidade nacional. Estas promovem o bem-estar espiritual e material dos cidadãos⁶¹⁷.

Este reconhecimento contraria a posição hostil e de separação absoluta consagrada no artigo 19º da Constituição de Moçambique de 1975.

⁶¹⁵ Cfr., n.º 4 e 5 do artigo 54º da CRM de 2004.

⁶¹⁶ Cfr., n.º 2 do artigo 12º da CRM de 2004.

⁶¹⁷ Cfr., n.º 4 do artigo 12º da CRM de 2004.

5.4.5. O aprofundamento das garantias e limitações dos direitos e liberdades

Aguando da Constituição de Moçambique de 1990, o legislador consagrou no artigo 76º a liberdade de associação. As organizações sociais e as associações têm o direito de prosseguir os seus objectivos e fins, nos termos da lei.

Não obstante, antecipando a criação da lei para regular esta liberdade, o legislador, à cautela, introduz uma disposição que proíbe as associações armadas de tipo militar ou paramilitar e as que promovam a violência, racismo, a xenofobia ou que prossigam fins contraria a lei⁶¹⁸.

No aprofundamento dos princípios fundamentais e no tocante a garantia individual no Estado de Direito Democrático, o legislador ressalta o princípio de proporcionalidade quanto à limitação dos direitos fundamentais.

Uma Constituição que procura reafirmar os valores e as tradições de um povo vincando primeiro os deveres e depois os direitos, o princípio de proporcionalidade desempenha um papel fundamental, quer na promoção dos deveres e quer na restrição dos direitos.

O princípio de proporcionalidade dentro desta filosofia dos deveres e direitos permeia todos os direitos fundamentais ao longo da Constituição. O legislador faz emergir este princípio de proporcionalidade nas situações largamente desenvolvidas dentro da Teoria do Direito Constitucional, tais como:

- i) Quanto ao exercício dos direitos e liberdades entende o legislador que estes podem ser limitados em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição⁶¹⁹;

⁶¹⁸ Cfr., n.º 3 do artigo 52º da CRM de 2004.

⁶¹⁹ Cfr., n.º 2 do artigo 56º da CRM de 2004.

- ii) Quanto ao estado de sítio ou de emergência – a declaração de um destes estados deve ser fundamentada e as liberdades e garantias cujo exercido é suspenso ou limitado devem ser especificadas⁶²⁰.

Para as situações descritas acima sobre as limitações dos direitos fundamentais e outras protegidas pela Constituição, o legislador estabeleceu os pressupostos da opção da declaração que deve ser respeitado, em todos os casos, dentro do princípio de proporcionalidade⁶²¹.

Ainda no âmbito das garantias individuais, o legislador potencia os princípios de não retroatividade quanto as leis no geral e a lei criminal no especial. Para o efeito, o legislador entende que as leis só se aplicam retroativamente quando disso resultar benefício ao arguido ou aos cidadãos e outras pessoas jurídicas⁶²².

Quanto ao limite das penas e das medidas de segurança, o legislador desenvolve esta garantia proibindo penas e medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida⁶²³.

Ainda no âmbito das garantias ou da salvaguarda dos direitos, liberdades dos cidadãos, no quadro da participação popular e da sociedade civil, o legislador consagra o direito de acção popular⁶²⁴.

Com o direito de acção popular, os cidadãos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses públicos ou privados, têm o dever e o direito de defender os bens públicos⁶²⁵.

Assim, através da acção popular, os cidadãos têm o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os

⁶²⁰ Cfr., artigo 282º da CRM de 2004.

⁶²¹ Cfr., artigo 283º da CRM de 2004.

⁶²² Cfr., artigo 57º e n.º 2 do artigo 60º, ambos da CRM de 2004.

⁶²³ Cfr., n.º 1, do artigo 61º da CRM de 2004.

⁶²⁴ Cfr., artigo 81º da CRM de 2004.

⁶²⁵ Cfr., n.º 1, do artigo 81º da CRM de 2004.

direitos dos consumidores, meio ambiente, património cultural, assim como defender os bens do Estado e das autarquias locais⁶²⁶.

⁶²⁶ Cfr., n.º 2, do artigo 81º da CRM de 2004.

Capítulo VI – O Direito Internacional na Constituição de Moçambique de 2004

6.1. A Inserção e a Posição do Direito Internacional no Direito Moçambicano

A emergência do Estado/nação na história da organização social impôs ordem e dinâmica evolutiva das relações jurídicas internacionais. O *jus cogens* passou a ser o resultado da vontade dos Estados/nações caracterizado pelo poder soberano destes.

Desde cedo, os Estados/nações se impuseram como sujeitos do Direito Internacional. A criação do Direito Internacional e o sistema da sua vigência nas ordens internas dos Estados esteve ligado ao poder político e a soberania destes: primeiro em aceitar ou não as fontes internacionais e segundo na determinação da forma, dos mecanismos e dos condicionalismos da incorporação do Direito Internacional no Direito Interno.

A experiência das relações entre o Direito Internacional e o Direito Estatal quanto ao sistema de incorporação das fontes de Direito Internacional nos ordenamentos jurídicos estaduais e no âmbito do desenvolvimento do Direito Internacional, nas organizações internacionais e transnacionais, podem ser resumidas em dois sistemas, a saber:

- i) O sistema ou modelo da transformação (ordem de execução) – a vigência ou a incorporação do Direito Internacional passa por um mecanismo de reprodução interna, transformando-se este numa fonte interna⁶²⁷;
- ii) O sistema ou modelo da recepção – a vigência do Direito Internacional é mediante uma disposição geral de recepção na lei fundamental do Estado. Podendo esta recepção ser automática ou condicionada⁶²⁸.

⁶²⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público, op. cit., p.389 e 390 e PEREIRA, André Gonçalves e Quadros, Fausto de (2009) Manual de Direito Internacional Público, op. cit., p. 94.

⁶²⁸ Para a caracterização destes sistemas ou modelos, vide, Ibidem, p. 391 e p. 94 respectivamente.

A incorporação das fontes jurídico-internacionais nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados dá-se no âmbito das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Trata-se de uma relação ou de um problema técnico-positivo de acordo com Jorge Bacelar Gouveia e não um problema filosófico-doutrinário⁶²⁹. Todavia, embora seja um problema técnico-positivo e que depende da vontade de cada Estado soberano, por exemplo, as recepções imperfeitas podem criar problemas de incumprimentos das obrigações que repercutem nas relações internacionais multilaterais ou bilaterais entre os sujeitos do Direito Internacional.

Não obstante, o processo técnico-jurídico de inserção constitui um momento específico dentro dos mecanismos internacionais de produção, adopção e implementação dos instrumentos jurídicos internacionais.

O processo de recepção, embora seja um momento dentro dos mecanismos internacionais da conclusão dos instrumentos internacionais, constitui uma etapa importante no processo porque é dela que depende a validade e a eficácia do Direito Internacional no Direito Interno. É dela que depende a articulação primária e funcional do sistema internacional como um todo, onde o Estado desempenha um papel importante, como garante da efectivação da actividade subsidiária e complementar dos órgãos judiciais ou de supervisão internacional.

A forma ou modelo de recepção adoptado pelo Estado vai permitir aferir o grau de comprometimento deste para com a comunidade internacional.

O grau de aceitação e efectivação das obrigações internacionais convencionais de um dado Estado permite a viabilização para as adesões aos instrumentos internacionais no geral e principalmente quanto as cláusulas facultativas e as ratificações por vários Estados inseguros ou em reservas.

A análise dos mecanismos técnicos de incorporação do Direito Internacional no Direito Interno dos Estados, até então, era feita dentro de 4 perspectivas, a saber: a do

⁶²⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público, op. cit., p.389.

Direito Constitucional; Direito Internacional; Direito de Integração Comunitária e; mista, conciliação das três (Constitucional, Internacional e Comunitária)⁶³⁰.

O fenómeno da globalização hegemónica ditou uma nova relação e uma nova ordem jurídica internacional entre os vários intervenientes no Direito Internacional Global.

Esta nova relação jurídica internacional global abre um espaço para um novo enfoque ou perspectiva na análise dos mecanismos ou disposições constitucionais de recepção do Direito Internacional Global pelos diversos sujeitos de Direito Internacional.

⁶³⁰ BASTOS, Fernando Loureiro (2007) o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da UEM, na beira, em 15 de outubro de 2007, p. 4.

6.2. A Incorporação do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico Moçambicano

A temática da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Constituição de Moçambique é da exclusiva competência da Assembleia da República⁶³¹. Compete à Assembleia da República legislar sobre questões da política externa do país. Excepcionalmente, esta competência é delegada ao Conselho de Ministros quanto aos acordos internacionais.

6.2.1. As regras constitucionais e o processo de incorporação

Como ficou caracterizado acima, a Constituição da República de Moçambique de 2004 distingue acordos internacionais e os tratados internacionais. Para o efeito, compete a Assembleia da República ratificar os tratados internacionais e o Governo – Conselho de Ministros – no uso de autorização legislativa ratificar os acordos internacionais. Assim os processos de incorporação não são iguais, a saber:

6.2.1.1. A incorporação dos Tratados Internacionais

Os tratados internacionais para ingressarem no ordenamento jurídico moçambicano, desde a sua formação até a sua incorporação obedecem no geral seis passos: i) negociação; ii) assinatura; iii) proposta de resolução; iv) aprovação da resolução pela Assembleia da República; v) ratificação; vi) publicação.

O processo de negociação e a assinatura compete ao Presidente da República no exercício das suas funções como chefe de Estado⁶³². Todavia, a pré-negociação ou preparação compete ao Governo através do Ministro dos Negócios Estrangeiros ou chefes das missões diplomáticas⁶³³.

⁶³¹ Cfr., n.º 1, artigo 179 da CRM de 2004.

⁶³² Cfr., alínea b), artigo 162 da CRM de 2004.

⁶³³ Cfr., alínea g), artigo 204 da CRN de 2004.

Depois da assinatura do Tratado pelo Presidente da República, este elabora uma proposta de resolução para a ratificação pela Assembleia da República.

A proposta da resolução é preparada pelo Governo - Conselho de Ministros. Depois de aprovada, esta proposta de resolução é depositada na Assembleia da República e pode ser apresentada pelo Primeiro-Ministro ou um outro Ministro indicado para o efeito⁶³⁴.

O processo de aprovação da resolução pela Assembleia da República obedece um processo interno estabelecido dentro do Regimento da Assembleia, semelhante nalguns aspectos com o da criação das Leis.

De facto, de acordo com a Constituição da República de Moçambique os tratados depois de validamente aprovados e ratificados tem na ordem jurídica interna o mesmo valor de Lei⁶³⁵.

Uma vez depositada a proposta na Assembleia da República, o presidente da Assembleia despacha para a 1ª Comissão (Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade) e para a 8ª Comissão (Comissão de Petições, Queixas e Reclamações) para a emissão de pareceres, ao mesmo tempo que ordena a sua distribuição aos deputados.

Não obstante, o Presidente da Assembleia da República manda notificar ao Presidente da República sobre a inscrição da proposta de resolução, indicação da data provável da sua apreciação⁶³⁶.

A proposta de resolução não pode ser levada ao debate no Plenário sem a análise ou parecer prévio destas duas Comissões, a 1ª e a 8ª.

O conteúdo do relatório e pareceres devem conter os seguintes elementos: os fundamentos que justificam a sua aprovação, as implicações previsíveis do tratado, as contribuições recebidas dos vários quadrantes da sociedade civil, as diferentes posições

⁶³⁴ Cfr., n.º 4 e 5 do artigo 122 da Lei n.º13/2014, de 17 de Junho - Regimento da Assembleia da República.

⁶³⁵ Cfr., n.º2, artigo 18 da CRM de 2004.

⁶³⁶ Cfr., n.º1 e 2, artigo 120 da Lei n.º 17/2013, de 12 de Agosto, Revisto pela Lei n.º13/2014, de 17 de Junho - Regimento da Assembleia da República.

da discussão e sua fundamentação e consequentemente os pareceres das duas Comissões⁶³⁷.

Entregue o relatório e o parecer das duas Comissões, aquando do Plenário, compete ao Primeiro-ministro apresentar a proposta da Resolução aos Deputados da Assembleia da República ou outro membro do Conselho de Ministros indicado previamente.

Desta, segue-se a apresentação do Relatório e dos pareceres das duas Comissões e apreciação pelo Plenário⁶³⁸. Da apreciação ou debate segue-se a votação da resolução. Não obstante, não há lugar para qualquer emenda no tratado, só no texto da resolução que pode ser uma substituição, aditamento ou eliminação.

Aprovada a resolução pela Assembleia da República, esta é assinada pelo Presidente da Assembleia da República e enviada para a publicação no Boletim da República ou enviando-a para promulgação⁶³⁹. A resolução que aprova o tratado internacional não é passível de veto por parte do Presidente da República.

Ratificado o Tratado e mandado publicar, este produz efeitos internos depois de observados os procedimentos internos sobre *vactio legis*.

Na ordem jurídica internacional, o tratado só produz efeitos depois de observados os procedimentos gerais consagrados para vinculação de um Estado que consistem geralmente no depósito do instrumento ratificado ao depositário do tratado e a notificação aos Estados partes do instrumento internacional.

6.2.1.2. A incorporação dos Acordos Internacionais

A recepção dos Acordos Internacionais no ordenamento jurídico moçambicano é da competência do Conselho de Ministros, podendo este celebrar, ratificar, aderir e denunciar os mesmos⁶⁴⁰. Esta competência legislativa não é automática, carecendo de

⁶³⁷ Cfr., artigo 124 da Lei n.º13/2014, de 17 de Junho.

⁶³⁸ Cfr., artigo 125 -128 da Lei n.º13/2014, de 17 de Junho.

⁶³⁹ Cfr., artigo 140 da Lei n.º13/2014, de 17 de Junho.

⁶⁴⁰ Cfr., alínea g), n.º1, artigo 204 da CRM de 2004.

uma autorização administrativa, de acordo com o artigo 180 da Constituição da República.

Esta autorização legislativa caduca com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República. Sempre que entra em vigor uma nova legislatura, o Conselho de Ministros deve solicitar uma nova autorização legislativa⁶⁴¹.

A formação e incorporação dos Acordos Internacionais obedecem passos similares aos da criação de um Decreto-Lei e de Decreto. Não obstante, os acordos internacionais têm na ordem jurídica interna o valor de um Decreto-Lei ou decreto por emanar do Governo, ou seja, por ser da competência político-legislativo-administrativa do Conselho de Ministros⁶⁴².

A recepção dos acordos internacionais efectivam-se através da aprovação de uma resolução pelo Conselho de Ministros que é assinada pelo Presidente da República ou Primeiro-ministro e mandado publicar por um ou outro⁶⁴³.

Esta realidade selectiva da ratificação por Presidente da República quando se trata de Decreto-Lei e Primeiro-Ministro quanto é simples decreto resulta da classificação das matérias em jogo e de acordo com a sua importância e relevo político-administrativa.

De facto, de acordo com a composição e competências do Governo, o Presidente da República é o Chefe do Governo e é ele que preside o Conselho de Ministros, enquanto o Primeiro-Ministro é delegado daquele⁶⁴⁴.

O processo da recepção dos acordos internacionais, embora se efective via resolução, esta pode obedecer os passos da adopção de um Decreto-Lei ou de Decreto de acordo com a sua valoração, quer quanto a importância das suas matérias nas relações internacionais, quer quanto ao seu impacto político administrativo e financeiro para o Estado Moçambicano.

As fases para a conclusão dos Acordos Internacionais no ordenamento jurídico moçambicano são simplificados, comparados com as da vigência dos Tratados

⁶⁴¹ Cfr., n.º3, artigo 180 da CRM de 2004

⁶⁴² Cfr., n.º2, artigo 18 da CRM de 2004

⁶⁴³ Cfr., n.º3, artigo 210 da CRM de 2004

⁶⁴⁴ Cfr., n.º1, artigo 201 e n.º2 do artigo 202 da CRM de 2004.

Internacionais e pertencem ao foro do Conselho de Ministros. Na essência podem resumir-se nas etapas seguintes: i) negociação; ii) assinatura; iii) proposta de resolução; iv) aprovação da resolução pelo Conselho de Ministros; v) ratificação; vi) publicação.

A negociação inicia com os contactos preliminares levados a cabo, geralmente, pelas representações diplomáticas no exterior.

Dependendo das matérias específicas em *démarche* (cooperação económica, científica, técnico-militar, cultura, desporto...) e entidades envolvidas (bilateral, multilateral, organização internacional, instituições internacionais financeiras, multinacionais, transnacionais...), para o efeito, a responsabilidade na condução das negociações é do ministério que tutela a matéria em causa e com o envolvimento directo do Ministério dos Negócios Estrangeiros e Cooperação.

Os Acordos Internacionais negociados são assinados pelo Ministro de tutela ou pelo Primeiro-Ministro, dependendo da sua natureza e do seu envolvimento (por exemplo, quando este trata de matérias que envolvem vários ministérios) ou pelo Presidente da República, na qualidade de Chefe do Governo, quando a matéria em jogo é equiparável ao Decreto-Lei⁶⁴⁵.

O Ministério de tutela responsável pelo Acordo Internacional, depois da assinatura deste, elabora a proposta de resolução para a ratificação do Acordo que é depositada no Gabinete do Primeiro-ministro.

A proposta de Resolução é distribuída aos membros do Governo e objecto de pareceres dos ministérios.

O Conselho de Ministro delibera sobre a proposta de Resolução, uma vez aprovada, considera-se automaticamente ratificada e envia-se para sua publicação.

Não obstante, se o Acordo Internacional versa sobre matéria equiparável a um Decreto-Lei, a sua vigência requer a ratificação da Assembleia da República. Para o efeito, o Governo deve depositá-la na Assembleia da República depois da sua aprovação pelo Conselho de Ministros.

⁶⁴⁵ Cfr., n.º3, artigo 210 da CRM de 2004

O processo de ratificação das resoluções dos Acordos Internacionais é simples e não carece de formalismos iguais aos da aprovação das Resoluções sobre a ratificação dos Tratados.

Quando a Resolução é depositada na Assembleia da República, o Presidente da Assembleia da República, em despacho, manda notificar o depositante e manda distribuir pelas comissões, bancadas parlamentares, ou seja, a todos os deputados.

De acordo com o n.º1, artigo 181 da CRM os instrumentos legislativos aprovados pelo Conselho de Ministros no uso da autorização legislativa são considerados ratificados se, na sessão imediata, a sua ratificação não for requerida por um mínimo de quinze deputados.

Os procedimentos ou mecanismo de incorporação dos Acordos Internacionais consagrados formalmente na Constituição de 1990 nem sempre foram observados pelo aplicador das normas.

Um dos exemplos marcantes foi o Acordo Geral de Paz assinado entre o Governo de Moçambique e a Renamo no dia 4 de Outubro de 1992.

Tratando-se de um Acordo Internacional, de onde imana obrigações e direitos de ambas partes e sendo de execução directa e imediata, de acordo com a Constituição competia o Conselho de Ministros ratificá-lo.

Não obstante, este pela sua importância política e jurídica foi ratificado pela Assembleia da República. Curiosamente, a ratificação do Acordo Geral de Paz, à semelhança de várias outras normas internacionais, devia tomar a forma de Resolução.

Neste caso concreto não se verificou, tendo tomado a forma de lei, precisamente, a Lei n.º 13/92, de 14 de Outubro de 1992. Tomando forma de lei e como qualquer Lei ordinária, *a priori*, pode ser objecto de revisão ou revogação através do legislador constituinte.

Esta realidade entra em contradição com a natureza dos Tratados, pois subentende-se que o Acordo Geral de Paz por ter sido ratificado pela Assembleia da República foi elevado ao estatuto de Tratado.

Por outro lado, o princípio fundamental constante no Protocolo I, do Acordo Geral de Paz dispõe que *“o Governo engaja-se a não agir de uma maneira contrária aos termos dos protocolos que foram estabelecidos, a não adoptar leis ou medidas e a não aplicar leis em vigor que seriam eventualmente contrárias a estes protocolos”*⁶⁴⁶.

Na essência, o Acordo Geral de Paz, embora tenha sido transformado em lei ordinária, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, não deixa de ser norma internacional, cuja alteração obedece as suas próprias normas constituintes.

Esta primazia ou estatuto das normas internacionais face ao Direito Interno dos Estados vemo-la respeitadas pelo legislador constituinte quanto este altera a Constituição de 1990 para compatibilizá-la com as disposições do Acordo Geral de Paz.

O legislador constituinte, para o efeito, acrescenta ao artigo 204 da então Lei Fundamental um número 3 para viabilizar as alterações a serem introduzidas sem obedecer os prazos de depósitos das propostas de alterações fixadas para noventa dias antes do início dos debates, estabelecidos pela Constituição de 1990⁶⁴⁷.

Esta revisão permitiu depois a alteração dos artigos 30, 107, 118, 134 e 202 da Constituição da República de 1990 para acomodar disposições eleitorais emanados do Acordo Geral de paz⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Cfr., Os princípios fundamentais do Protocolo I, do Acordo Geral de Paz, p.9 e 10.

⁶⁴⁷ Cfr., artigos 1 e 2 da Lei n.º 11/92, de 8 de Outubro que acresce o n.º3 ao artigo 204 da Constituição da República de 1990 (BR n.º. 41, 1ª Série – Suplemento)

⁶⁴⁸ Cfr., Lei n.º12/92, de 9 de Outubro (Br n.º41, 1ª Série - Suplemento).

6.3. A Validade do Direito Internacional e a sua Posição Hierárquica no Direito Moçambicano

6.3.1. A posição hierárquica do Direito Internacional no ordenamento jurídico moçambicano

A Constituição da República de Moçambique de 2004, no âmbito do Direito Constitucional comparado, de entre as constituições mais recentes, é considerada uma das Constituições com um número de preceitos sobre o Direito Internacional relativamente vasto⁶⁴⁹.

De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, por ser uma das mais recentes, coube-lhe o mérito de ter absorvido diversas experiências dos outros textos legislativos⁶⁵⁰.

De facto, no âmbito do Direito Comparado, quanto as provisões do Direito Internacional, não só se beneficiou directamente das Constituições dos países da CPLP, mas sobretudo da europeização indirecta através da Constituição Portuguesa e dos Tratados da SADC.

Face a esta constatação inequívoca do texto constitucional moçambicano, o legislador nos surpreende com uma posição descontínua quanto a hierarquia do Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana. Dispõe o n.º 2, do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique que “*as normas de Direito Internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assume os actos normativos infraconstitucionais...*”.

A posição atribuída as normas de Direito Internacional na Constituição da República de Moçambique de 2004, contrasta com a tendência do desenvolvimento do Direito Internacional e da relação entre este e o Direito Interno. Não obstante, o mesmo legislador dispõe no artigo 43 da mesma Lei Fundamental que “*os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de*

⁶⁴⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público, op. cit., p.365.

⁶⁵⁰ Ibidem., p. 364.

harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”.

Seguindo a evolução comparativa da Lei Fundamental de Moçambique quanto a política externa e ao Direito Internacional vê-se uma nítida evolução revolucionária normativa: da Constituição socialista e de democracia popular de 1975, passando pela viragem política neoliberal e do Estado de Direito Democrático através da Constituição Moçambicana de 1990, para a correcção das vicissitudes próprias de uma transição para a construção e consolidação do Estado de Direito Democrático, através da Constituição Moçambicana de 2004.

Comparando as disposições sobre política externa entre a Constituição da viragem de 1990 e a Constituição da consolidação de 2004 constata-se o seguinte: a primeira consagra um capítulo sobre política externa composta por 4 artigos enquanto a segunda possui um capítulo intitulado política externa e Direito Internacional. A segunda apresenta as mesmas disposições da primeira com uma arrumação melhorada e com um título em cada artigo. Contudo, acrescenta um capítulo com duas alíneas sobre Direito Internacional (artigo 18º).

Acompanhando a evolução da Lei Fundamental da República de Moçambique, a inclusão das provisões sobre o Direito Internacional na Constituição de 2004 pode ser interpretada como uma pretensão do legislador moçambicano de aprimorar e dar mais consistência os pressupostos da política neoliberal e do Estado de Direito Democrático adoptados aquando da Constituição Moçambicana de 1990, aproximando assim cada vez mais a Lei fundamental moçambicana às outras constituições contemporâneas dentro da nova ordem jurídica internacional.

A Constituição Moçambicana de 1990 e de 2004 ao criar um capítulo sobre o Direito Internacional, no âmbito normativo, sem dúvidas que vem suprir uma lacuna no âmbito da relação entre o Direito Internacional e o Direito Moçambicano.

Todavia, o seu conteúdo normativo parece-nos não consentâneo com a evolução da própria Constituição e com agravante de entrar em contradição com outras provisões do Direito Internacional na mesma constituição.

Fernando Loureiro Bastos vai mais longe ao caracterizar esta incompatibilidade das provisões sobre o Direito Internacional dispostos na Constituição moçambicana afirmado ser “*inadequada a inserção da República de Moçambique na comunidade internacional*”⁶⁵¹.

A contradição e a incongruência evolutiva da Constituição de Moçambique, quanto a posição do Direito Internacional, ao colocá-lo ao nível dos actos normativos infraconstitucionais, torna a relação jurídica internacional entre Moçambique e a comunidade internacional insustentável.

O Direito Internacional Geral e Global evoluíram para uma relação de interdependência, de complementaridade e de subsidiariedade entre as normas do Direito Internacional e as dos outros Direitos, tais como estaduais, transnacionais e das organizações de integração económica.

Esta nova ordem jurídica assenta num conjunto de normas, ou seja, de fontes de Direito cuja acção ou vinculação não depende da vontade concordante dos sujeitos do Direito Internacional, tais como as normas de *jus cogens*, o Costume Internacional, as normas dos Direitos Humanos e Humanitários *erga omnes*, algumas resoluções das Nações Unidas e outras⁶⁵².

Portanto, o legislador moçambicano ao enxertar uma cláusula de Direito Internacional na Política Externa e Direito Internacional da Constituição de Moçambique, incompatível com o modelo de relacionamento entre o Direito Interno e o Direito Internacional, ora em construção, parece-nos voltar a reencontrar-se com o sistema dualista consagrado pela Constituição Socialista de 1975, voltada a sua independência e fechada a sua soberania política e territorial.

Doutrinariamente poder-se-ia afirmar que a Constituição de Moçambique, depois do desencontro dualista na Constituição Moçambicana de 1990, onde se vislumbra uma viragem completa para o monismo, procurou reencontrar-se na Constituição Moçambicana de 2004.

⁶⁵¹ BASTOS, Fernando Loureiro (2007) o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, op. cit., p. 21.

⁶⁵² Ibidem., p. 21.

O legislador moçambicano ao reivindicar a pretensa unidade do Direito moçambicano apoiou-se numa estratégia constitucional de difícil enquadramento material e doutrinal no relacionamento hoje entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

A posição adoptada pelo legislador moçambicano quanto a hierarquia das normas do Direito Internacional na Constituição de Moçambique, cientificamente vem levantar o debate clássico entre o dualismo e o monismo quanto aos pressupostos da ideia do Direito subjacente ao Direito moçambicano.

A evolução e o desenvolvimento do Direito Internacional e a nova ordem jurídica internacional superaram este debate fazendo com que as premissas subjacentes às teses dualistas e monistas deixassem de ter fundamentos e toda a sua racionalidade.

Nos sub-capítulos subsequentes vai-se evidenciar o relacionamento entre o Direito Internacional geral, na sua vertente do pluralismo jurídico internacional ou seja das ordens jurídicas autónomas no âmbito jurídico internacional, tais como, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Económico, Direito Internacional do Trabalho, Direito Internacional Penal com o Direito Moçambicano.

O problema em estudo ou análise consiste em apurar em que medida a cláusula sobre o Direito Internacional disposta na Constituição de Moçambique de 2004 que coloca as normas do Direito Internacional hierarquicamente abaixo dos actos normativos constitucionais representa um encontro ou desencontro no âmbito do pluralismo jurídico global? Este tipo de hierarquia não constitui uma ameaça à sistematização do Direito Internacional no relacionamento entre estes Direitos?

Por outro lado, o estudo visa apurar os presumíveis conflitos ou seja as contradições e incoerências no relacionamento entre o Direito Moçambicano e as ordens jurídicas internacionais globais, no âmbito do pluralismo jurídico global.

Para uma melhor contextualização deste relacionamento entre as ordens jurídicas internacionais e o Direito Moçambicano urge primeiro caracterizar o pluralismo jurídico no Direito Constitucional de Moçambique.

Capítulo VII - O Pluralismo Jurídico no Direito Constitucional de Moçambique

7.1. Caracterização e evolução do pluralismo jurídico no Direito Constitucional de Moçambique

O direito da pessoa preservar o seu próprio costume e tradição, parte integrante da sua forma da vida, constitui um dos direitos protegidos e promovidos de acordo com o artigo 27º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos ⁶⁵³.

Portanto, constitui a obrigação do Estado tomar medidas ou acções positivas no sentido de fazer com que estes direitos sejam protegidos e promovidos entre os grupos sociais.

Dentro desta obrigação internacional urge saber como o Estado Moçambicano tem lidado com o pluralismo jurídico?

Durante o período colonial, como ficou ilustrado acima no capítulo sobre o pluralismo jurídico em contexto colonial, os nativos de Moçambique ou seja os indígenas foram excluídos da cidadania colonial portuguesa⁶⁵⁴. Aos indígenas foi-lhes reconhecido o direito de regular as suas relações dentro do Direito Privado de acordo com o seu costume e tradição.

Mais tarde, de acordo com esta realidade, o Governo Colonial introduziu o Regulamento de Assimilado para os membros dos grupos indígenas e não indígenas com o intuito de obterem o estatuto de cidadão da segunda ou da terceira classe. Com esta prerrogativa, os indígenas com o estatuto de assinalados passaram a ser reconhecidos de acordo com o Direito ordinário⁶⁵⁵.

⁶⁵³ CAPOTORTI, Francesco (1991) Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, United Nations, Human Rights - Study Series 5, p.66.

⁶⁵⁴ Cfr., Decreto-lei n.399666, de 20 de Maio de 1954 - Regime do Indigenato.

⁶⁵⁵ Cfr., Article 27º of Political and Criminal Status of Indigenous Act n. 35: 461 of 25 January 1946.

Depois da independência, em 1975, o Governo revogou toda a legislação colonial que contrariava os princípios de igualdade e não-discriminação e estabeleceu provisões sobre políticas de igualdade e da unidade nacional⁶⁵⁶.

Em 1982, sete anos depois da independência, o Governo criou os tribunais comunitários⁶⁵⁷ vocacionados para a resolução de litígios familiares, principalmente resultante dos casamentos celebrados de acordo com o costume tradicional. Infelizmente, os Tribunais Comunitários não chegaram a funcionar devidamente.

Depois dos confrontos armados entre a Frelimo e a Renamo, a Constituição de 1990 não consagrou claramente o papel do Direito Costumeiro. O n.º 2 do artigo 52º da Constituição de 1990 dispõe que o Estado reconhece e protege o casamento de acordo com a lei e o princípio de livre consentimento. Portanto, pode-se interpretar que é da responsabilidade da Autoridade definir o casamento reconhecido pelo Estado.

De acordo com esta prerrogativa estadual, quanto ao instituto de casamento, pode-se interpretar que o Direito Costumeiro de Moçambique não fazia parte do sistema jurídico geral. No âmbito do Direito Privado (Sucessões, Propriedade e Direito da Família no geral) excluindo o instituto do casamento, ainda não estava reconhecido por Estado.

Curiosamente, nas áreas rurais, mesmo nas zonas urbanas periféricas os conflitos relacionados com o Direito Privado são resolvidos com recurso ao Costume tradicional e de acordo com a etnia ou grupo a que cada um pertence ou originário.

Por outro lado, constatava-se que os Tribunais Judiciais raras vezes eram solicitados para resolver litígios relacionados com o Direito Privado. Esta realidade prendia-se, de entre outros, com dois principais constrangimentos:

Primeiro, dos poucos casos trazidos aos Tribunais e decididos de acordo com o Direito positivo, as partes sentiam injustiçadas porque entendiam que a sentença, muito das vezes, não espelhava os valores e as convicções costumeiras tradicionais da etnia que eram originários.

⁶⁵⁶ Cfr., artigo 71º da CRPM de 1975.

⁶⁵⁷ Cfr., Lei n.º 4/92 de 6 de Maio.

Segundo, mais de 86 por cento dos cidadãos moçambicanos vivem nas zonas rurais que não possuem tribunais judiciais. Esta instituição judicial é desconhecida pelas populações locais. Não obstante, mesmo nos Distritos onde estes Tribunais estão instalados são de acesso difícil, devido ao problema da língua e do elevado custo, assim como por estes cidadãos entenderem que às normas e às práticas dos Tribunais Judiciais não correspondem aos seus Costumes tradicionais⁶⁵⁸.

Em 2004 o legislador criou uma nova Lei da Família, Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto, introduzindo alterações ao Código Civil sobre estas matérias.

O legislador ao reconhecer o pluralismo jurídico no âmbito do Direito da Família entendeu valorizar os elementos tradicionais e culturais e ao mesmo tempo internacionalizar o Direito Moçambicano.

A nova Lei da Família passou a reconhecer o casamento não polígamo celebrado dentro do costume tradicional e o casamento religioso. Todavia, para o reconhecimento oficial destes casamentos, estes devem observar alguns requisitos básicos, tais como: a inexistência de impedimentos matrimoniais, designadamente a idade núbil, o livre consentimento dos nubentes e a inexistência de laços matrimoniais anteriores. Para o efeito, estes casamentos devem ser registados.

O reconhecimento destas modalidades de casamentos tradicionais e religiosos estão limitados a observância dos valores e dos princípios fundamentais da Constituição de Moçambique e dos vários instrumentos do Direito Internacional.

Como condição para o reconhecimento, por exemplo, as práticas costumeiras ou tradicionais, tais como, os casamentos prematuros, os casamentos prometidos, os casamentos herdados e os casamentos polígamos foram excluídos⁶⁵⁹.

Não obstante, para salvaguardar o efeito contrário da igualdade e da não discriminação, quanto aos casamentos polígamos, o legislador optou por atribuir o efeito a esta união no momento da sua dissolução, seja ou não determinada por morte do cônjuge.

⁶⁵⁸ KYED, Helene Maria e Trindade, João (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique, CESAB, P. 1.

⁶⁵⁹ Cfr., Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto.

Por outro lado, o legislador entende valorizar as ligações singulares, estáveis e duradouras, existente entre um homem e uma mulher, que sendo legalmente aptos para contrair casamento o não tenha celebrado, instituindo a figura de União de Facto.

Este novo instituto visa proteger as famílias constituídas a margem do casamento. A união de facto pressupõe a comunhão plena de vida pelo período de tempo superior a um ano sem interrupção⁶⁶⁰.

Esta prática é comum e generalizada na sociedade moçambicana. Uma vez dissolvidas estas uniões, muitas mulheres e crianças ficavam desprotegidas.

Com este novo instituto as partes ficam responsabilizadas quanto à maternidade e paternidade. Assim, para o efeito patrimonial aplica-se o regime de comunhão de adquiridos.

No âmbito da internacionalização do pluralismo jurídico do Direito da Família, o legislador procurou acolher as disposições dos instrumentos internacionais por este ratificado, principalmente a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Carta Africana Sobre os Direitos e bem-estar da Criança.

Assim, o legislador ao conformar a lei com a realidade multicultural e com o pluralismo jurídico teve como fonte de Direito os princípios internacionais da protecção da família e os de igualdade e não discriminação.

Neste encontro do Direito da Família com o Direito Internacional, o legislador tendo em conta os usos e costumes tradicionais moçambicanos entendeu que o regime de bens do casamento não devia ser fixado, no todo ou em parte, por simples remissão genérica para os usos e costumes locais⁶⁶¹.

O capítulo de estabelecimento da filiação foi substituído por um novo que internacionaliza o Direito Moçambicano harmonizando-o com os instrumentos

⁶⁶⁰ Cfr., n.º 2 do artigo 202º da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto.

⁶⁶¹ Cfr., artigo 138º da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto.

internacionais dos Direitos da Criança⁶⁶². Quanto ao poder paternal, o legislador foi buscar a figura da família de acolhimento, consagrada no Direito internacional⁶⁶³.

A Constituição de 1990 embora não tivesse reconhecido oficialmente os vários sistemas normativos e de resolução de conflito, com a introdução do sistema democrático e o multipartidarismo várias instituições sociais de resolução de conflitos e de segurança das populações, em letargia, emergiram como forças vivas e alternativas na solução dos problemas vividos dentro das comunidades.

No âmbito da justiça e segurança, constatou-se que vários intervenientes sociais emergiram e posicionaram-se como alternativas não estadual de resolução de conflitos dentro das comunidades, tais como: autoridades tradicionais, os secretários das aldeias, os tribunais comunitários, as diversas organizações da sociedade civil, tais como: Mulher, Lei e Desenvolvimento (MULEID), Liga dos Direitos Humanos (LDH), Associação dos Médicos Tradicionais (AMETRAMO), Organizações não-Governamentais (ONGs), Conselhos de Policiamento Comunitários (CPCs), Confissões Religiosas (Igrejas), etc.

O Estado Moçambicano dentro da viragem política e económica iniciada em 1984 através da sua adesão às Instituições de BWs, viu-se na contingência de adoptar vários instrumentos internacionais para se conformar com a nova realidade e as novas relações internacionais.

Antes da Constituição de 1990, o Estado ratifica a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em 25 de Agosto de 1988. No dia 12 de Dezembro de 1991 ratifica o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Com esta viragem política, social e económica, o Estado viu-se confrontado com novas obrigações e deveres civis e políticos internacionais, no âmbito das Convenções de que se tornou Estado parte.

Perante esta nova realidade, como é que o Estado Moçambicano procurou responder a estes imperativos ou seja a implementação das provisões plasmados nos

⁶⁶² Cfr., artigos 204º a 213º da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto.

⁶⁶³ Cfr., artigos 330º e ss, da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto. Sobre as inovações introduzidas na Lei da Família, veja ISSÁ, Abdul Carimo Mahomed, et al (2005) Lei da família Anotada – Introdução - Unidade Técnica da Reforma legal, Maputo, pp. 5 a 12. Veja também, BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus (2006) O pluralismo Jurídico e a Realidade sociocultural de Moçambique, Porto Alegre, pp. 60 e 61.

artigos 27º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o artigo 22º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos?

Ao contemplar a realidade da sociedade moçambicana constata-se, numa primeira análise, que não existe nesta sociedade minorias étnicas, mas grupos étnicos que não podem ser classificadas por minorias ou maiorias.

Dentro desta percepção e de acordo com a lógica e interpretação literal, poder-se-ia afirmar que o artigo 27º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que dispõe que *“nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de terem em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua”*⁶⁶⁴, não é aplicável à realidade de Moçambique?

Os grupos étnicos que compõem o povo moçambicano possuem, cada uma, a sua própria língua, cultura e religião. A distinção entre língua, cultura e religião não é rígida. Por exemplo, dificilmente poder-se-ia separar a cultura e a religião dentro das comunidades ou grupos étnicos moçambicanos. Estas sobrepõem-se, premeiam-se e confundem-se dentro da mesma fonte espiritual dos ancestrais.

O direito de afirmação da personalidade, da tradição e demais valores sócio-culturais encontra-se protegido na alínea g) do artigo 6 da Constituição de 1990. Este direito constitui um dos princípios e objectivos fundamentais da República de Moçambique.

A Constituição de Moçambique de 1990 estabelece preceitos para a protecção das línguas nacionais⁶⁶⁵ e valoriza as actividades das confissões religiosas⁶⁶⁶. Não obstante, esta Constituição omite preceitos sobre grupos étnicos e linguísticos.

⁶⁶⁴ CAPOTORTI, Francesco (1991) Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, op.cit., p. 57.

⁶⁶⁵ Cfr., alínea g) do artigo 6º da CRM de 1990.

⁶⁶⁶ Cfr., n.º3 do artigo 9º da CRM de 1990.

O artigo 53º da Constituição de Moçambique de 1990 vai mais longe. Este, não só reconhece a cultura e afirma a personalidade nacional, mais promove e garante a livre expressão das tradições e dos valores da sociedade moçambicana.

Quanto à adopção ou vinculação de um Estado pelos instrumentos internacionais, os mecanismos ou procedimentos para o efeito estão muito claros. O processo que inicia com a criação do instrumento internacional termina com a ratificação do mesmo pelo Estado interessado.

Não obstante, o Direito Cultural como outros direitos designados por novos direitos ou da terceira geração requerem uma acção positiva e interventiva dos Estados para que estas se tornem uma realidade na vida dos cidadãos.

No âmbito dos Direitos Culturais, os Estados têm o dever de adoptar mecanismos específicos para implementarem o artigo 27º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Por exemplo, o parágrafo 2º do artigo 3º, impõem aos Estados para adoptar medidas capazes de efectivar os direitos reconhecidos no Pacto.

Por outro lado, para garantir estes direitos, os Estados devem criar mecanismos que permitam a adopção de decisões legislativas, quer ao nível internacional, quer ao nível do Direito Interno.

A experiência ditou que os mecanismos e procedimentos estabelecidos para lidar com a violação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos não são muito apropriados para implementar o artigo 17º do mesmo Pacto nos países em desenvolvimento.

Esta afirmação pode ser confirmada através do cotidiano vivido por estes países em desenvolvimento. Os Estados destes países, na sua maioria, não possuem recursos humanos e financeiros para desencadear algumas das acções positivas, no sentido de garantir, por exemplo, o direito à educação e com esta o Direito à cultura.

Esta realidade vivida nos países em desenvolvimento tem sido invocada e aproveitada por alguns Estados com condições para justificar o seu incumprimento na promoção e garantia dos Direitos Humanos ao nível internacional e nacional.

O Estado Moçambicano, dada a sua política nacional de unidade nacional e cultura do povo, parece-nos ter enveredado por uma interpretação muito controversa das disposições sobre o pluralismo ou seja, sobre os direitos de minorias étnicas, religiosas e linguísticas consagradas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A Constituição de 1990 ou seja de viragem para a democracia liberal e a legislação posterior apontaram para uma mesma direcção, no sentido de o Estado enveredar por uma interpretação que lhe isenta de tomar medidas ou acções positivas que envolvam, por exemplo, actos administrativos ou de investimentos financeiros.

Dentro desta posição estatal, pode-se concluir que para este Estado a única obrigação imposta é de não negar ou impedir a pessoa que pertence um dado grupo étnico de usufruir os seus direitos. A Constituição de Moçambique de 1990 dispõe no n.º 1, do artigo 53º que “*o Estado promove o desenvolvimento da cultura e personalidade nacionais e garante a livre expressão das tradições e valores da sociedade moçambicana*”.

De facto, desde que Moçambique ratificou a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não tomou nenhuma acção visível sobre estas matérias. Não obstante, por outro lado, constatou-se que os preceitos sobre pluralismo ou direitos culturais, no geral, não passaram de letra morta.

Este posicionamento ou atitude do Estado quanto ao pluralismo era de esperar, pois as políticas do Estado desde a independência nacional assentavam na base ou no pressuposto de que em Moçambique não existem minorias étnicas, grupos étnicos e nem tribos, mas sim o povo moçambicano.

Todavia, este pressuposto é falso e utópico. Pois, não basta consagrar constitucionalmente como objectivo fundamental a eliminação das estruturas tradicionais ou seja das tribos ou dos grupos étnicos para estes deixarem de existir de facto⁶⁶⁷.

A promoção do desenvolvimento da cultura e a livre expressão das tradições disposta no artigo 53 da Constituição de 1990, inequivocamente, como iria ser

⁶⁶⁷ Cfr., artigo 4º da Constituição de 1975.

desenvolvida se esta a ser combatida e eliminada como preconizado no artigo 4º da Constituição de Moçambique de 1975?

O Estado norteado com o princípio e a política da unidade nacional acabou agindo e preterindo as tribos, os grupos étnicos ou tradicionais como se estes tivessem desaparecido ou deixado de existir.

Na realidade, mesmo que estas minorias étnicas não existissem, sempre existiram grupos étnicos (com uma língua, religião e tradição própria).

Portanto, uma das recomendações mais enfatizada sobre esta realidade tem sido aquela que sugere que *“nas sociedades multiculturais, a via mais efectiva para a construção da justiça, paz e unidade nacional passa por os Estados adoptar a política que permita aos membros dos grupos étnicos, religiosos e linguísticos preservar as suas próprias características”*⁶⁶⁸.

Quanto a estas matérias, a posição do Estado Moçambicano nunca esteve clara por causa da preservação da unidade nacional⁶⁶⁹.

O artigo 69º da Constituição de Moçambique de 1990 quando dispõe que *“todos os actos visando atentar contra a unidade nacional, prejudicar a harmonia social, criar divisões, situação de privilégio ou discriminação com base na cor, raça, sexo, origem étnica, ...religião..., são punidos nos termos da lei”*.

A disposição acima, de acordo com a realidade política e administrativa, ao longo destes anos, foi interpretada no sentido de que qualquer política de protecção ou promoção de actividades étnicas, mesmo que seja dentro de um pluralismo emancipador tornar-se-ia suspeita e ponto de partida para dividir a nação moçambicana.

Dentro desta realidade, o princípio de não discriminação foi interpretado de forma rígida, ou seja, deve-se tratar todos os cidadãos por igual. Portanto, este pressuposto não abre espaço para os direitos dos grupos étnicos, pois estes poderiam ser o ponto de partida para o divisionismo dentro da sociedade.

⁶⁶⁸ CAPOTORTI, Francesco (1991) Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, op. cit., p.98.

⁶⁶⁹ Cfr., artigo 4º da CRM de 1975 e alínea b) do artigo 6º, da CRM de 1990.

Surpreendentemente, o legislador contrariamente ao seu posicionamento quanto aos direitos das minorias étnicas ou grupos étnicos, reconhece o pluralismo linguístico e estabelece no artigo 5º da Constituição de 1990, a valorização, promoção e desenvolvimento das línguas nacionais. Para o efeito, o Estado tem encorajado os cidadãos para a utilização crescente das línguas nacionais, quer na comunicação, quer na própria educação e no ensino escolar.

Este preceito constitucional sobre o pluralismo linguístico leva-nos a concluir que está-se perante o reconhecimento dos direitos das etnias linguísticas? Infelizmente, pelo contrário, de acordo com a Constituição, está-se perante o reconhecimento dos direitos dos povos. O n.º 2 do artigo 53º enfatiza que “*o Estado promove a difusão da cultura moçambicana e desenvolve acções para fazer beneficiar o povo moçambicano das conquistas culturais dos outros povos*”.

De facto, de acordo com o dever do Estado de promover e desenvolver as línguas nacionais, constata-se no terreno várias acções positivas a ser levadas a cabo, tais como, as transmissões dos programas televisivos e radiofónicos em línguas nacionais, assim como o ensino em bilingue.

O Estado quanto a afirmação da personalidade moçambicana, das suas tradições e dos seus demais valores sócio-culturais, assim como na consolidação da unidade nacional, ambos consagrados na Constituição de Moçambique de 1990⁶⁷⁰, tem desenvolvido acções positivas para promover e garantir estes direitos dos povos.

A primeira acção do Estado, considerada de base, foi a criação de um Ministério da Cultura, Juventude e Desporto. Desde a sua criação em 1975, a sua vocação e actividade inseria-se na promoção, protecção e desenvolvimento das artes, cultura e desporto.

Dentro e sob a jurisdição deste Ministério, ao longo dos anos, surgiram várias associações, tais como, de entre outras: associação dos escritores, dos músicos, dos artistas, etc.

⁶⁷⁰ Cfr., alínea b) e g) do artigo 6º da CRM de 1990.

O Ministério da Cultura em colaboração com as Universidades criou o Departamento de Linguística vocacionado ao estudo e desenvolvimento das línguas nacionais no Centro de Estudos Africanos.

O Centro de Estudos Africanos de Moçambique é considerado um dos maiores Centros de Estudos Africanos dentro da África Austral.

Quanto as artes, o Ministério tem liderado acções de promoção através de actividades culturais nacionais e cooperação internacional. Por exemplo, a Companhia Nacional de Canto e Dança foi criada em 1978 com o objectivo de promover as tradições moçambicanas através de acções como treinamento e apoio aos grupos amadores de danças tradicionais de diferentes grupos étnicos.

O Ministério de Cultura, no âmbito das suas atribuições, tem promovido outras actividades, tais como a organização dos festivais culturais de dança e de música, exibição de trabalhos artísticos e a constituição de companhias e agrupamento teatrais.

De acordo com as acções do Estado Moçambicano quanto às obrigações impostas aos Estados partes através do artigo 27º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no sentido de tomar acções positivas, tais como, acções administrativas ou apoio financeiro para a promoção e desenvolvimento destas, está longe de ser concretizado.

Esta dificuldade quanto ao cumprimento das obrigações impostas pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos, por parte do Estado Moçambicano, pode ser generalizada aos países africanos maioritariamente multiculturais ou multiétnicos.

Nos poucos países da região onde os Estados adoptaram acções internas, estes direitos são tidos como matéria de políticas sociais e de boa vontade dos Estados.

As Constituições de 1975 e de 1990 estabelecem e vinculam claramente a importância da unidade nacional, assim como a integridade do Estado como premissa básica, no sentido de evitar o separatismo e o tribalismo. Estes dois últimos elementos foram e continuam a ser vistos como factores de desagregação dos Estados africanos, consubstanciados em guerras étnicas e tribais.

A relutância do Estado em reconhecer o pluralismo jurídico e ou os grupos étnicos e as autoridades tradicionais tinham a ver, em parte, com a ideia do Estado plasmada nas teorias marxistas-leninistas que prescrevia que em cada Estado devia prevalecer só um único direito e que a unidade do Estado pressupunha a unidade do direito⁶⁷¹.

O desenvolvimento e a consolidação da unidade nacional têm sido um dos grandes obstáculos ao reconhecimento e desenvolvimento de acções claras em prol dos grupos ou minorias étnicas. Não obstante, a falta de reconhecimento e de acções claras por parte do Estado não tem limitado aos membros destes grupos étnicos de desenvolver e preservar as suas tradições culturais, religiosas e linguísticas.

Em prol deste desenvolvimento e preservação das tradições dos grupos étnicos, curiosamente, nos últimos anos despoletou um fenómeno sócio cultural, onde alguns cidadãos, aproveitando-se do pluralismo de expressão, ou seja, do direito de livre associação, têm estado a criar associações designadas por “amigos e nativos de...”. Estas associações têm como objectivos fundamentais preservar e desenvolver as características e a tradição de um dado grupo étnico.

Se as Constituições de Moçambique 1975 e 1990 não reconhecerem as tribos ou minorias étnicas por causa do problema da unidade nacional, como é que o Estado poderia desencadear acções que visassem promover e proteger as tribos ou grupos étnicos tradicionais?

O problema da Unidade Nacional tornou-se um obstáculo para a tomada de uma posição clara do Estado no sentido de assumir que neste país os membros dos grupos étnicos, mesmo que estes não sejam considerados minorias, são livres de preservar e desenvolver a sua própria cultura.

Portanto, a falta deste reconhecimento e com a política assimilacionista desenvolvida pelo Estado em prol da unidade nacional tem sido um grande constrangimento para a preservação e desenvolvimento dos direitos culturais e um obstáculo para a regulação dos direitos das minorias étnicas.

⁶⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico, in *Conflito e Transformação Social...*, op. cit. p. 48.

Esta realidade inviabiliza a implementação dos instrumentos internacionais de que Moçambique é Estado parte.

Este posicionamento do Estado para com as minorias étnicas ou grupos étnicos pode ser interpretado no sentido negativo da palavra, de que o que é preciso fazer, de acordo com o artigo 27º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, seria apenas o permitir os cidadãos exercerem o seu direito de livre associação e de acordo com a lei.

Esta realidade faz com que o Estado se torne um mero espectador e livre de qualquer obrigação quanto a assistência requerida e mesmo de assumir o papel de árbitro entre os grupos sociais.

A Constituição de Moçambique de 2004 designada como de consolidação do Estado de Direito Democrático, vem reafirmar, desenvolver e aprofundar os princípios fundamentais do Estado moçambicano através do desencadeamento de várias formas de pluralismos.

O pluralismo preconizado na Constituição de 2004 estabeleceu-se nos vários domínios de expressão e dos direitos e liberdades fundamentais, tais como: pluralismo jurídico, pluralismo partidário, pluralismo políticos e administrativo, pluralismo económico, pluralismo religioso, pluralismo étnico e linguístico, pluralismo de segurança pública, etc.

Este pluralismo plasmado nesta Constituição constitui um pressuposto básico e ponto de partida para o desenvolvimento e consolidação do Estado de Direito Democrático. Este pluralismo encontra o seu epicentro na própria democracia neoliberal.

Estas várias formas de expressões plurais apanágios da democracia premeiam-se e constituem um todo na promoção e garantia dos direitos e das liberdades fundamentais.

O nosso propósito neste estudo prende-se com uma das expressões deste pluralismo, a saber, o pluralismo jurídico. Concretamente, o pluralismo jurídico e o Direito Internacional de Moçambique.

Como ficou demonstrado acima, a Constituição de Moçambique de 1975 reconhecia um e único Direito na Republica Popular de Moçambique, o Direito Estadual.

O Direito Costumeiro ou Tradicional outrora reconhecido pelo Estado colonial, em circunstâncias específicas e descritas atrás, deixou de ser reconhecido ou seja foi revogado, ao abrigo do artigo 71º da Constituição da República Popular de Moçambique de 1975.

O legislador de então passou a reconhecer um único regime de jurisdição. Este, de acordo com o artigo 63º da Constituição de Moçambique de 1975 ao dispor que “*o Tribunal Popular Supremo promoverá a aplicação uniforme da Lei para todos os tribunais ao serviço dos interesses do povo moçambicano*” e suprime todas as outras jurisdições coexistentes na sociedade.

A Constituição de Moçambique de 1990, no âmbito da viragem e introdução do Estado de Direito Democrático, embora reconheça o pluralismo de várias expressões, tais como a cultura, a tradição, a linguística, a religiosa, não reconhecia o pluralismo jurídico⁶⁷².

O pluralismo jurídico veio a ser reconhecido na Constituição da consolidação do Estado de Direito Democrático em 2004. O artigo 4º da Constituição de Moçambique de 2004 dispõe que “*o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição*”.

Na verdade, ironicamente, os mecanismos não estatais de justiça e de segurança das comunidades já existiam e funcionaram antes e depois da independência de Moçambique.

Este reconhecimento simboliza uma aproximação e uma reconciliação com as instituições tradicionais e não oficiais que ao longo dos séculos garantiram a justiça e a ordem pública nas zonas rurais onde vivem mais de 86 por cento da população moçambicana.

Por outro lado, este reconhecimento constitui uma autêntica viragem do ponto de vista jurídico e político. O legislador com este reconhecimento ergue-se e sai da penumbra e da ambiguidade que o apoquentava desde a independência, quando procurou

⁶⁷² Cfr., n.º 2 do artigo 5º, alínea g) do artigo 6º, n.º 3 do artigo 9º e o artigo 53º, ambos da CRM de 1990.

fechar os olhos para uma realidade da convivência cotidiana – o costume e as autoridades tradicionais.

O legislador ao admitir o pluralismo como condição para o desenvolvimento da democracia neoliberal viu-se na contingência de reconciliar-se com o poder tradicional e local. Este, embora tarde e fruto da pressão da conjuntura sócio-económica, entendeu que o colete e o escudo da unidade nacional tornara-se um sufoco para lidar com o fenómeno da administração da justiça e da segurança pública.

Assim, constitucionalmente, o legislador reconhece que os tribunais do Estado e as autoridades policiais não são os únicos, como nunca o foram, e que a protecção e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos só poderiam ser eficazes se o Estado aliasse às forças vivas da sociedade – a sociedade civil e as estruturas tradicionais⁶⁷³.

Por outro lado, a consagração constitucional do pluralismo jurídico abre espaço para a internacionalização do Direito Moçambicano nas componentes dos direitos civis e políticos, assim como nos direitos económicos, sociais e culturais.

O reconhecimento do pluralismo jurídico em Moçambique, em parte, visava responder os imperativos das políticas dos doadores e agências internacionais, no âmbito de ajuda humanitária e de desenvolvimento⁶⁷⁴.

O fenómeno da globalização económica emergente, como foi caracterizado nos capítulos atrás, não se conforma e nem se enquadra dentro de um monismo jurídico a semelhança do consagrado na Constituição de Moçambique de 1975 e nem a ambiguidade veiculada pela Constituição de 1990.

O mais interessante é desvendar como a Constituição de 2004 ao reconhecer o pluralismo jurídico pretende internacionalizar os seus mecanismos de justiça e de

⁶⁷³ KYED, Helene Maria e Trindade, João (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique ... op. cit., p.2

⁶⁷⁴ O pluralismo jurídico como um dos instrumentos de políticas internacionais consta nos vários documentos, tais como: DANIDA (2008) Democratization and Humana Rights for the Benefit of the people: Strategic priorities for Danish support for good governance. Copenhagen: Danish Ministry of Foreign Affairs, Danida; DFID (2004) Non-State Justice and Security Systems, London; ICHRP (International Council for Human Rights Policy) (2009): When legal Worlds Overlap Human rights, state and non-state law, Genebra; OECD/DAC (2007) Handbook on Security System Reform (SSR): Supporting security and justice. Paris.

segurança pública? Talvez, muito antes disso, seria pertinente perceber qual é o papel atribuído aos vários sistemas normativos de resolução de conflitos não estatais, quer no âmbito nacional (sociedade civil e a autoridade tradicional), quer no âmbito da globalização hegemónica (corporações e instituições transnacionais)? Como é feita esta colaboração e articulação entre estes mecanismos não estatais de justiça e os órgãos do Estado?

7.2. O pluralismo das fontes no constitucionalismo moçambicano

O pluralismo das fontes assenta na ideia contemporânea da Teoria do Direito que, contrariando o positivismo normativo de Hans Kelsen, coloca a fundamentação do direito dentro da concepção multicêntrica.

Boaventura de Sousa Santos entende que em nenhuma sociedade o direito esteve ancorado a um único centro ou fonte e que a partir deste as normas se irradiam⁶⁷⁵. De acordo com o autor, o Estado nunca teve o monopólio do Direito.

A perspectiva positivista e racionalista assente nas verdades apodícticas, formas *a priori* e no “*grundnorm*” é confrontada hoje com a existência de várias fontes ou verdades que ancoram no policentrismo da sociedade plural e globalizada.

O pluralismo jurídico moderno contraria a perspectiva clássica que entendia que “*o direito opera segundo uma única escala, a escala do Estado*”⁶⁷⁶.

O legislador moçambicano ao consagrar constitucionalmente o pluralismo jurídico faz o depender ou o ancorar nos valores e princípios fundamentais da Constituição e do Direito Internacional.

O posicionamento do legislador moçambicano ao ancorar o pluralismo jurídico à Constituição coloca todas outras fontes normativas na periferia (em segundo ou terceiro plano) e a sua validade passa a ser aferida em função da escala pré-estabelecida – a escala estadual.

Na sociedade globalizada os cidadãos estão confrontados com uma diversidade de planos normativos que variam desde o local, o nacional, o supranacional e o transnacional. Cada um destes planos normativos está ligado a uma fonte própria e autónoma.

O conceito de Direito e Justiça varia em função de cada plano e fonte de produção normativa.

⁶⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa (2000) *A Criticada Razão Indolente. Contra o desperdício da Experiência*, 3ª ed. São Paulo: Cortez Editora, p. 171.

⁶⁷⁶ *Ibidem.*, p.206.

Estas concepções tomam em consideração os vários elementos constitutivos e teleológicos que ditaram a sua emergência.

Portanto, torna-se inconsequente subordinar os diversos planos normativos à uma única fonte ou escala estadual.

A filosofia subjacente a cada plano ou paisagem normativa dificilmente pode encontrar a sua fundamentação dentro da escala estadual. Se assim fosse, não estaríamos perante um plano diferente, mas sim o mesmo plano estratificado.

A sociedade global está permeada por várias escalas normativas ou seja vários direitos e fontes normativas. De acordo com Boaventura Sousa Santos “*o que distingue estas diferentes formas de Direito é o tamanho de escala com que regulam a acção social*”⁶⁷⁷.

O Estado moçambicano ao reconhecer os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos reconhece automaticamente as fontes de produção normativa destes sistemas e os mecanismos processuais conducentes a solução jurídica.

O reconhecimento oficial do pluralismo jurídico no Direito Moçambicano, por si, constitui um grande avanço para a promoção e garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos numa sociedade eminentemente multicultural e pluriétnico.

A consagração constitucional do pluralismo jurídico não foi pacífica nos meandros políticos e administrativos moçambicanos.

Na verdade, as contradições e as polémicas vividas no âmbito político, onde a Renamo defendia a favor e a Frelimo dividida, não tinham razões históricas e científicas fortes de ser.

O fenómeno do pluralismo jurídico não é novo, sempre existiu na história da convivência dos vários grupos dentro da organização social. A própria história de Moçambique (pré-colonial, colonial e pós-colonial) atesta estes factos.

O problema do reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico está nas consequências deste ao nível político, jurídico e administrativo.

⁶⁷⁷ Ibidem, p. 206.

O Estado moçambicano, para além da sua própria experiência, pode contar com várias outras, tais como: as africanas e as Latino-Americanas.

Os países africanos ex-colonizados pela Inglaterra dispõem, na sua maioria, de uma cláusula nas suas constituições que reconhece o Direito Consuetudinário, desde que não seja *“incompatível com as disposições do Direito escrito, ou contrário à moral, à humanidade ou a justiça natural”*⁶⁷⁸.

As Constituições da Zâmbia, Quênia e Zimbabué reconhecem o direito costumeiro. Este reconhecimento não está condicionado às disposições constitucionais.

Na América-Latina, o exemplo bem conseguido é o da Constituição da Bolívia que consagra a pluralidade económica, social, jurídica, política e cultural⁶⁷⁹. Neste Estado as diferentes ordens jurídicas que coexistem na sociedade têm o tratamento jurídico igual ao da legislação nacional. Não obstante, os diferentes grupos étnicos são representados no Tribunal Constitucional.

Pelo contrário, os reconhecimentos das ordens jurídicas na África do Sul e Moçambique devem a sua conformidade à Constituição.

O grande debate sobre o reconhecimento ou não do pluralismo jurídico em Moçambique antes da Constituição de 2004 esteve em volta do protagonismo político e partidário. Para uns, o reconhecimento do pluralismo jurídico constituía um imperativo do desenvolvimento e consolidação do Estado de Direito Democrático. Para outros, seria o retorno às políticas coloniais e ou uma estratégia dos detentores do poder político para instrumentalizar as comunidades tradicionais e obter vantagens.

João Carlos Trindade aponta para os principais factores que impulsionaram a consagração constitucional do pluralismo jurídico em 2004, contra a resistência monista instalada pela Constituição de 1975 e a implantação do Estado socialista.

⁶⁷⁸ “Customary law means, in relation to any particular tribe or tribal community, the customary law of that tribe or community so far as it is not incompatible with the provisions of any written law or contrary to morality, humanity or natural justice”, Cfr., Section 2 of the Customary Courts Act, 1969 and section 4 of Common law and Customary Act (Cap. 16:01) of Botswana Law. Lei do Direito Consuetudinário deriva do tempo em que o Botsuana era o Protetorado de Bechaunalândia, sob o domínio indirecto britânico.

⁶⁷⁹ Cfr., §4º do Preâmbulo da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009, in <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>, acedido no dia 31.12.2015.

De entre estes factores pode-se destacar a convergência de influências do insucesso das reformas das instituições estatais, a alteração das políticas dos doadores e o interesse político subjacente ao pluralismo jurídico⁶⁸⁰.

O estudo coordenado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária sobre o *“Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças em Moçambique”* publicado em 2003⁶⁸¹, apontava para a incapacidade e a inoperância das instituições estatais de administrar uma justiça e uma segurança satisfatória, por falta de recursos humanos e materiais, assim com, pela corrupção generalizada.

O estudo acrescenta concluindo que *“o sistema jurídico formal ignorou as necessidades dos cidadãos mais desfavorecidos, que preferem uma justiça reparadora, em vez da penalizadora”*⁶⁸².

Um outro factor apontado como um grande constrangimento no sistema de justiça estadual prende-se com a inacessibilidade física e financeira para atender a grande maioria de cidadão sem meios e condições. Esta incapacidade traduz-se também na falta de serviços suficientes de tradução e de juízes para julgar os casos em tempo útil.

O Estudo em causa recomendava à adopção de um novo sistema judicial e de uma administração de justiça *de jure* plural, onde coexistissem os tribunais judiciais, a justiça comunitária e as autoridades tradicionais⁶⁸³.

O reconhecimento do pluralismo jurídico implica aceitar a coexistência de concepções jurídicas diferentes.

A coexistência significa primeiro aceitar o outro como um concorrente igual a si. Segundo, trata-se de entrar no jogo e competir com as outras fontes paralelas cuja meta ou fim último é a garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

⁶⁸⁰ KYED, Helene Maria e Trindade, João (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique ... op. cit., p.20.

⁶⁸¹ TRINDADE, J. C. e SANTOS, Boaventura (2003) Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças em Moçambique. Porto: Edições Afrontamentos.

⁶⁸² KYED, Helene Maria e Trindade, João (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique ... op. cit., p.20.

⁶⁸³ Ibidem, p. 20.

O pluralismo jurídico uma vez constitucionalmente consagrado em Moçambique abriu a possibilidade de utilizar vários sistemas normativos para a solução de conflitos dentro da sociedade moçambicana.

Esta abertura constitucional, no âmbito do Direito Moçambicano, tornou possível a utilização de formas e métodos alternativos, conjugados ou não, para lograr a solução jurídica.

O desafio que se coloca no constitucionalismo moçambicano sobre o pluralismo das fontes está no querer saber quais são as fontes e como o Estado está a organizar-se para a utilização das várias fontes de Direito paralelas para a solução de conflitos dentro da sociedade?

Com esta consagração constitucional do pluralismo jurídico urge primeiro entender o que seria a fonte de Direito no Direito Moçambicano?

A definição de fonte de Direito na ciência jurídica, desde o Direito Romano – “*os diversos modos de formação do Direito*” - ela sofreu variações e mutações ao longo da história do Direito Romano e do Direito Internacional⁶⁸⁴.

Jorge Bacelar Gouveia retratando o conceito de fonte de Direito, recuando às aplicações metafóricas de Marco Túlio Cícero, passando pela Teoria Geral do Direito e desembocando na análise estrutural quando a natureza, elaboração e finalidade do Direito, entende por fonte de Direito os modos ou “*mecanismos que originam as respectivas normas e princípios*”⁶⁸⁵.

A ciência jurídica oferece hoje várias concepções e categorias de fontes de Direito. Para o estudo em apreço quanto ao pluralismo de fontes de Direito no Direito Moçambicano é aqui chamada, de entre outras fontes, às fontes formais dos vários Direitos que coexistem na sociedade moçambicana. Precisamente, chama-se para este estudo aquelas fontes dos vários Direitos, ou seja, dos sistemas normativos e de resolução de conflitos.

⁶⁸⁴ FOIGNET, René (1947) Manual Elementar do Direito Romano, traduzido, adaptado e atualizado por Hécio Maciel França Madeira, para o uso escolar, Paris, p. 1. In http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/166067/mod_resource/content/1/Manual%20Elementar%20de%20Direito%20Romano%20-%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20Hist%C3%B3rica.pdf, acessado no dia 28.12.15

⁶⁸⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, IDILP, p. 394.

Abordar o problema de fontes de Direito no ordenamento jurídico moçambicano, depois da consagração do pluralismo jurídico, seria uma aberração a tipologia tradicional das fontes de Direito – a lei, o costume e a jurisprudência⁶⁸⁶.

O Direito Moçambicano estabelece como fontes imediatas do Direito as leis e as normas corporativas. Não obstante, os assentos, os usos e a equidade são juridicamente atendíveis como fontes quando a lei o determine e entram na categoria de fontes mediatas⁶⁸⁷.

No âmbito do pluralismo das fontes, constata-se que grande parte da população moçambicana, cerca de 86%, vive nas zonas rurais. Nestas zonas, o sistema jurídico de resolução de conflitos predominante é a autoridade tradicional cuja fonte de Direito é o Costume Tradicional.

Se a coexistência entre as várias fontes de Direito passa necessariamente pela aceitação de umas às outras e de entrar no jogo da competição para mais e melhor servir o cidadão, o costume como fonte de direito, independentemente de ser reconhecido formalmente ou não sairia em vantagens.

Esta realidade competitiva das fontes, uma vez transposta para o jogo democrático, poder-se-ia classificar, dentro de uma hierarquia, que o costume tradicional ou *jus non scriptum* seria a primeira e principal fonte do Direito em Moçambique. A lei embora proclamada pelo poder legislativo e tida como fonte imediata do Direito Moçambicano passaria para fonte mediata por ser de menor importância no cotidiano da vida dos cidadãos em Moçambique.

Curiosamente, não se percebe a atitude do legislador aquando da actualização do Código Civil, em 2006, através do Decreto-Lei n.º 3/2006, de 23 de Agosto, ao manter a definição e as fontes de direito herdadas do Direito Colonial Português?

Como interpretar a atitude do legislador, depois da Constituição de Moçambique ter consagrado em 2004 o pluralismo jurídico e em 2005 a nova Lei da Família ter colocado o costume tradicional ao mesmo nível da lei?

⁶⁸⁶ Ibidem., p. 396.

⁶⁸⁷ Cfr., artigo 1º, 2º, 3º e 4º do Código Civil de Moçambique, atualizado pelo Decreto-Lei n.º 3/2006, de 23 de Agosto.

Todavia, fica-se na dúvida sobre esta atitude do legislador, pois pareceu-nos uma oportunidade ímpar para atualizar e aprimorar a legislação, ora desfocada, *omissa e que comporta uma identificação insuficiente das fontes normativas previstas no Direito Moçambicano*⁶⁸⁸.

Abordar o pluralismo das fontes no constitucionalismo moçambicano depois da Constituição de 2004, não se circunscreve apenas nas diversas fontes plasmadas na Constituição, tais como as leis, os decretos-leis, os decretos, as resoluções, os assentos dos tribunais, os acórdãos do Conselho Constitucional, os tratados e acordos internacionais, os avisos do Banco de Moçambique⁶⁸⁹.

Consagrado o pluralismo jurídico na Constituição de Moçambique, o Estado deixou de ter o monopólio das fontes do Direito. Coexistem e concorrem em paralelo no Direito Moçambicano, de entre outras, as seguintes fontes internas e externas de Direito: o Costume Tradicional, a equidade, a tradição religiosa ou mística e os princípios e normas jurídicas internacionais.

a) O Costume tradicional

O costume tradicional moçambicano caracteriza-se por ser uma fonte que possui a virtualidade de fazer nascer um dever ser jurídico tradicional. Este dever ser tradicional constitui uma prática reiterada ao longo dos séculos e não proclamada por qualquer poder legislativo.

A autoridade tradicional, na qualidade de uma instituição social, jurídica, política e administrativa, encontra no Costume Tradicional a fonte do seu Direito e instância da sua legitimação.

⁶⁸⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, op. cit., p.399.

⁶⁸⁹ Cfr., artigo 143º e 144º da Constituição de Moçambique de 2004. Sobre o quadro geral das fontes do Direito Moçambicano plasmadas na Constituição de Moçambique de 2004. Vide, GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, op. cit., p.404.

Todavia, o poder legislativo estatal por reconhecer o papel funcional e a sua imprescindibilidade no controle político e administrativo das populações viu-se no dever de legitimar o costume tradicional através do Decreto n.º 15/2000, de 20 de Junho.

As autoridades tradicionais em Moçambique têm como área da sua jurisdição os povoados, onde o poder político, jurídico e administrativo do Estado ainda não conseguiu instalar-se e nem afirmar-se⁶⁹⁰.

No contexto político e administrativo moçambicano, estas autoridades têm sido usadas como uma extensão do poder estadual, no âmbito da descentralização administrativa.

b) A equidade e o bom senso

A equidade, bom senso e justiça, de acordo com a Teoria Geral do Direito, é considerada como um princípio ou *um critério casuístico de resolução de casos*⁶⁹¹.

Não obstante, a equidade e bom senso foi elevada a uma fonte de Direito conducente a produção das normas comunitárias⁶⁹².

Os tribunais comunitários tomam as suas decisões a luz dos princípios da equidade. Fazem parte das autoridades comunitárias, os chefes tradicionais, os secretários de bairros ou aldeias e outros líderes legitimados pelas comunidades locais⁶⁹³.

c) As tradições religiosas

A tradição religiosa ou mística constitui uma das fontes de Direito no ordenamento jurídico moçambicano. Algumas regiões do país são dominadas por comunidades religiosas cujas normas têm sido muito influentes nas vidas dos cidadãos. Alguns

⁶⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) O Estado Heterogêneo e o Pluralismo Jurídico..., op. cit., p.80.

⁶⁹¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, op. cit., p.404.

⁶⁹² Cfr.. Lei n.º 4/92, de 6 de Maio.

⁶⁹³ Cfr., artigo 1º, do Decreto 15.2000, de 20 de Junho.

conflitos em matérias específicas, como família, sucessões são resolvidos com base nas normas da tradição religiosa.

O pluralismo religioso constitui uma das matérias largamente tratada na constituição⁶⁹⁴. A liberdade religiosa está protegida constitucionalmente como um dos direitos fundamentais. Este pluralismo não só está condicionado à sua conformidade aos valores e aos princípios fundamentais da Constituição, mas a sua conformação com as leis do Estado⁶⁹⁵.

As comunidades religiosas são livres quanto a sua organização, ao exercício das suas funções e gozam do direito de prosseguir livremente os seus fins religiosos.

As tradições religiosas e místicas como fonte de Direito são reconhecidas singularmente pelo Estado porque o legislador entendeu que o seu contributo é fundamental “ *na promoção de um clima de entendimento, tolerância, paz e o reforço da Unidade nacional, o bem-estar espiritual e material dos cidadãos e o desenvolvimento económico e social* ”⁶⁹⁶.

Curiosamente, este reconhecimento singular das tradições religiosas e místicas na sociedade a partir da Constituição de 1990, constitui uma autêntica viragem política e ideológica do Estado.

A Constituição da Republica Popular de Moçambique de 1975, embora reconheça as instituições religiosas desde que estejam em conformidade com as leis do Estado, a religião foi considerada como um instrumento do colonialismo e como ópio do povo. Esta foi reprimida ao longo do Estado socialista.

Como bem observa Jorge Bacelar Gouveia, quanto a laicidade do Estado, de que o modelo de separação absoluta entre o Estado e as confissões religiosas, embora teoricamente mais pura na defesa da neutralidade, acaba por se traduzir na criação de uma religião estadual “ *estranha* ”⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Esta matéria está plasmada no artigo 12º (Estado laico) e artigo 54º (Liberdade de consciência, de religião e de culto) da CRM de 2004.

⁶⁹⁵ Cfr., n.º 3, do artigo 12º da CRM de 2004.

⁶⁹⁶ Cfr., n.º 4, do artigo 12º da CRM de 2004.

⁶⁹⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, op. cit., p.388

A Constituição da República de 1975 consagrava inequivocamente a separação absoluta entre o Estado e a Religião⁶⁹⁸. Na verdade, foi o que aconteceu neste período em que a doutrina marxista-leninista como ideologia no Estado socialista moçambicano passou a ser ou seja transformou-se numa autêntica religião negativa, aniquilando as religiões positivas estabelecidas⁶⁹⁹.

A religião neste período de vigência do regime socialista foi considerada uma das estruturas de opressão e exploração que devia ser combatida por estar eivada de obscurantismos⁷⁰⁰. De facto, foi o que aconteceu, o Estado no lugar de garantir aos cidadãos a liberdade de praticar ou não praticar a religião⁷⁰¹, proibia as crianças, estudantes e jovens de praticá-la.

O reconhecimento constitucional singular do Estado às confissões religiosas e a consagração da liberdade religiosa e de culto como direito fundamental através da Constituição de Moçambique de 2004, visa, de entre outras, aproveitar a força e a influência das confissões religiosas sobre às comunidades em Moçambique.

O poder organizativo e mobilizador das confissões religiosas podem ser capitalizados em prol dos grandes objectivos do Estado que se prendem com a paz e a unidade nacional.

O reconhecimento das confissões religiosas, assim como o das autoridades tradicionais, embora responda aos imperativos do pluralismo jurídico, enquadra-se dentro do reconhecimento designado por um reconhecimento de limitações constitucionais políticas.

A separação entre o Estado e as confissões religiosas consagrada pela Constituição implica que o Estado em nenhum momento deve aliar-se à religião e a religião ao Estado.

Interpretada assim a neutralidade do Estado, na vertente do poder político, explica-se as limitações constitucionais políticas que a Constituição impõe aos partidos

⁶⁹⁸ Cfr., artigo 19º da CRPM de 1975.

⁶⁹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, op. cit., p. 389. Como um dos exemplos elucidativos foi o que aconteceu com a confissão religiosa designada Testemunha de Jeová que foi banida em Moçambique, neste período.

⁷⁰⁰ Cfr., artigo 4º e 15º da CRPM de 1975.

⁷⁰¹ Cfr., § 2º, do artigo 33º da CRPM de 1975.

políticos de não usar as denominações que contenham expressões, emblemas ou símbolos relacionados com as confissões religiosas ou Igrejas⁷⁰².

Por outro lado, a Constituição estabelece limitações políticas às confissões religiosas quanto a revisão constitucional, impondo a separação entre o poder político e o fenómeno religioso ou seja “*As leis de revisão constitucional têm de respeitar: (...) c) a separação entre as confissões religiosas e o Estado*”⁷⁰³.

Esta separação vincada entre o Estado e a religião, assim como a limitação imposta às confissões religiosas traduz-se na preocupação do Estado quanto as possíveis interferências e manipulações que as confissões religiosas possam fazer no âmbito político.

A tradição religiosa como fonte do Direito no ordenamento jurídico moçambicano, embora reconhecida amplamente, infelizmente, para a aplicação das suas normas no âmbito do pluralismo jurídico, precisa de satisfazer todos os requisitos constitucionais impostos para o efeito.

A Constituição do Quénia que reconhece o pluralismo jurídico dentro do mesmo imperativo Constitucional moçambicano, a observância das normas da Constituição, a aplicação de normas religiosas não precisa de satisfazer todos os requisitos constitucionais.

O artigo 24º da Constituição do Quénia permite limitar os direitos fundamentais na aplicação de normas específicas da tradição religiosa – *Sharia* - e ou situação adversa.

O artigo 24º da Constituição do Quénia estabelece que, “*as disposições sobre a igualdade poderão ser modificadas quando necessária e estritamente para a aplicação da Lei islâmica...*”⁷⁰⁴.

⁷⁰² Cfr., artigo 76º da Constituição de Moçambique de 2004.

⁷⁰³ Cfr., alínea c), n.º 1, do artigo 292º, da Constituição de Moçambique de 2004.

⁷⁰⁴ Cfr., n.º 4, artigo 24, Kenya’s Constitution of 2010. In “*The provisions of this Chapter on equality shall be qualified to the extent strictly necessary for the application of Muslim law before the Kadhis’ courts, to persons who profess the Muslim religion, in matters relating to personal status, marriage, divorce and inheritance*”. In https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010.pdf, acedido no dia 29.12.15.

d) Os princípios e normas jurídicas internacionais

A introdução do Estado de Direito Democrático através da Constituição de 1990 ditou o fim do monopólio do Estado Moçambicano sobre a soberania da legislação nacional que impedia e ofuscava outras fontes de Direito nacionais e internacionais.

O Estado moçambicano com a adopção de políticas neoliberais da economia do mercado diversificou os actores dentro da organização social e económica do país.

A globalização e a intensificação de fluxos transnacionais introduziram uma série de normas e práticas de organizações sociais e económicas que passaram a coexistir com outras instituições nacionais e estrangeiras dentro do país. Estas normas e instituições constituem fontes de Direito e contribuem para a promoção do acesso à justiça e à segurança pública nacional.

Com a globalização económica coexistem no Estado moçambicano um número significativo de ordens jurídicas locais, nacionais e globais que formam uma complexidade do pluralismo jurídico-económico, contribuindo para a coexistência e desenvolvimento social e económico do país⁷⁰⁵.

A Constituição de Moçambique de 2004 para responder a este imperativo social e económico consagra o pluralismo económico e social que visa a satisfação das necessidades essenciais das população e a promoção do bem-estar social.

A Constituição reconhece o pluralismo económico dentro da observância de sete princípios fundamentais: a) valorização do trabalho; b) forças do mercado; c) iniciativa dos agentes económicos; d) coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social; e) propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo; f) protecção do sector cooperativo e

⁷⁰⁵ KYED, Helene Maria e Trindade, João (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique ..., op. cit., p.5.

social; g) o Estado como regulador e promotor do crescimento e desenvolvimento económico e social⁷⁰⁶.

O pluralismo económico moçambicano é classificado por ser de índole fraco por causa das limitações constitucionais marcadas pelo forte poder interventivo do Estado.

O Estado é lhe conferida constitucionalmente a actividade reguladora, promotora, coordenadora e fiscalizadora do crescimento e desenvolvimento económico⁷⁰⁷.

A Constituição limita o pluralismo económico na componente de investimento estrangeiro e na propriedade e aproveitamento da terra.

O investimento estrangeiro é limitado nos sectores económicos reservados a propriedade ou exploração exclusiva do Estado⁷⁰⁸.

Por outro lado, a terra é propriedade do Estado e o seu direito de uso e aproveitamento é concedida de acordo com o fim social ou económico perseguido⁷⁰⁹.

Não obstante, a Constituição coloca o epicentro na coexistência da propriedade dos meios de produção que passaram a ser do tipo públicas, privadas, cooperativas e sociais. Esta Constituição não só se abre ao pluralismo da propriedade, mas também ao da produção e o da determinação dos preços que passaram a ser definidos pelo mercado.

Um dos elementos fundamentais do pluralismo económico consagrado nesta Constituição está relacionado com as decisões do mercado moçambicano que passaram a ser regidas pelas leis da economia livre e concorrencial, fundadas na liberdade dos agentes económicos⁷¹⁰.

Portanto, é no pluralismo económico que as fontes de Direito Internacional ou global, cujas normas concorrem para as decisões ou soluções jurídica-económicos moçambicano, encontram o espaço para a sua interação e contributo para o bem-estar social e económico nacional e global.

⁷⁰⁶ Cfr., artigo 97º da CRM de 2004.

⁷⁰⁷ Cfr., alínea g) do artigo 97º e n.º1 do artigo 101º, ambos da CRM de 2004.

⁷⁰⁸ Cfr., n.º 2, artigo 108º da CRM de 2004.

⁷⁰⁹ Cfr., n.º 1, artigo 109º e n.º2, artigo 110º, ambos da CRM de 2004.

⁷¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, op. cit., p. 366.

As limitações constitucionais impostas ao pluralismo económico, assim como o papel interventivo atribuído ao Estado na economia social visam acautelar-se do poder hegemónico da globalização numa economia frágil e descapitalizada.

A coexistência concorrencial das fontes de direito nacionais e internacionais numa economia fragilizada pode resvalar em conflitos sociais quando os valores e padrões sociais são colocados em segundo plano.

De facto, a concorrência hegemónica imposta pela globalização norteadada pelo capital e pelo lucro, facilmente pode desvirtuar o fim último do pluralismo jurídico-económico que é o bem-estar social e económico dos cidadãos. Daí, o Estado sentir-se na obrigação de limitar ou condicionar a acção concorrencial das várias ordens jurídico-económicas e submete-las à autoridade primordial da constituição económica nacional.

O pluralismo jurídico consagrado em Moçambique, dada às limitações constitucionais impostas ao mesmo, depara com um fenómeno de internacionalização e globalização irreversíveis.

O Direito moçambicano está envolvido no processo de globalização e de transnacionalismo por causa da sua abertura às políticas neoliberais da economia do mercado.

Este processo de globalização envolve actividades sociais, políticas e económicas transnacionais.

O fluxo de capitais, de tecnologias, de mercadorias e de comunicações transporta consigo as corporações e com estas as normas transnacionais para dentro do ordenamento jurídico moçambicano.

As normas transnacionais não podem estar subordinadas aos imperativos constitucionais do Estado. Estas são refratárias aos imperativos constitucionais, pois não dependem do Estado e transcendem as limitações impostas pela Constituição. Estas normas acabam por sobrepor e moldar a legislação existente. Estas acabam sendo

absorvidas e passam a fazer parte inseparável das estruturas jurídicas existentes e competindo com as outras normas coexistentes na sociedade⁷¹¹.

O Policiamento comunitário introduzido em 2001, no ordenamento jurídico moçambicano, constitui um dos exemplos claros da internacionalização do pluralismo jurídico moçambicano⁷¹².

Este fenómeno ou prática que ganhou reputação ao nível mundial por valorizar a participação activa dos cidadãos na resolução dos problemas da segurança e dos conflitos dentro das suas comunidades.

O policiamento comunitário surge como uma das ferramentas ou estratégias para a democratização dos serviços de segurança pública outrora concentrados nas forças policiais do Estado.

O policiamento comunitário, na realidade, não é uma organização nova em Moçambique. Depois da independência de Moçambique e aquando do Estado socialista vigorou um tipo de policiamento idêntico e designado por milícias populares.

As milícias populares eram forças paramilitares constituídas na sua maioria por jovens revolucionários que patrulhavam as aldeias e cidades para garantir a segurança pública. Estas forças eram coordenadas pelas chefias militares e recebiam ordens dos Secretários dos Grupos Dinamizadores.

As milícias populares foram na essência as primeiras forças policiais depois da Independência e muito antes da criação da Polícia da República Popular de Moçambique.

As milícias populares foram extintas ou desmobilizadas aquando do processo de paz e democratização em Moçambique pós-guerra, através da UNIMAZ.

Os Conselhos de Policiamento Comunitários (CPCs) ora criados pela Polícia da República de Moçambique e operacionais em 2001 são uma adaptação de

⁷¹¹ GRIFFITHS, Anne, Pluralismo Jurídico, Justiça e Direitos Humanos: Reavaliando o Direito numa era Transnacional, in KIED, Helene, et al (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo, p. 42.

⁷¹² Veja a génese dos Conselhos Comunitários da Polícia de Moçambique no documento: Ministério do Interior, Relatório do XII Conselho Coordenador, 2000, Maputo.

“*neighbourhood watch*”, no âmbito da prevenção situacional do crime introduzido na Inglaterra que se tornou popular nos anos de 1980⁷¹³.

Este modelo situacional de prevenção do crime iniciou com uma experiência piloto em 4 áreas residenciais em 1983, na Inglaterra. Seis anos mais tarde, em 1989, já estavam instaladas e operacionais em 60.000 áreas⁷¹⁴.

A ideia subjacente no sistema “*neighbourhood watch*” consiste em reunir alguns residentes de um determinado grupo de casas ou quarteirões para a segurança da zona residencial. A acção principal dos residentes consiste na vigilância e na participação das ocorrências à polícia directamente ou via coordenador do grupo.

A primeira acção consistia na mobilização dos proprietários das residências para adotar medidas individuais de prevenção, tais como a melhoria infraestrutural da segurança das suas casas.

Associada a esta estratégia de prevenção situacional do crime, o Governo britânico lançou uma outra iniciativa intitulado «Partners Against Crime». Este modelo consistia na mobilização e encorajamento do público para a patrulha nas estradas. Os membros pertencentes a estes grupos deviam fazer uma rotina diária numa determinada área circunscrita para inteirar-se de actividades suspeitas e informar de imediato a polícia sobre a ocorrência⁷¹⁵.

A ideia básica subjacente na criação do policiamento comunitário não só visava responder a dinâmica do processo de democratização da Polícia, mas surgiu como uma estratégia da Polícia da Republica de Moçambique (PRM) aliar-se às comunidades para lograr a colaboração e o apoio necessário, no sentido de reverter a insegurança e o crime violento que assolou o país⁷¹⁶.

O Policiamento Comunitário dentro das suas jurisdições apoia-se nos Conselhos de Policiamento Comunitário dos bairros residenciais.

⁷¹³ DOHERTY, Michael Ed. (1997) *Criminology, Textbook*, Old Bailey Press, London, p.132

⁷¹⁴ Ibidem, p. 132.

⁷¹⁵ Ibidem., p. 132.

⁷¹⁶ Ministério do Interior (2005) policiamento Comunitário. Segurança e Ordem Publica: Seminário Nacional dos Administradores Distritais. Outubro de 2005, p.5.

Integram os Policiamentos Comunitários os líderes comunitários e os representantes dos diversos sectores da sociedade, tais como; os agentes económicos, as confissões religiosas, as ONGs, as escolas, as instituições públicas e privadas e outros intervenientes sociais relevantes.

Os membros do Conselho de Policiamento Comunitário devem ser voluntários e aprovados pelas populações⁷¹⁷.

Os CPCs, logo depois da sua criação em 2001, expandiram-se rapidamente por todo o país graças ao empenho da PRM e do apoio dos doadores internacionais.

Os CPCs agem como autênticas ordens extrajudiciais. Na resolução de litígios dentro da comunidade, os seus oficiais aplicam soluções informais com base na equidade e no costume local.

De acordo com os princípios orientadores estabelecidos pelo Ministério do Interior, instituição que criou o Policiamento Comunitário, na essência, estas são fóruns de diálogo e partilha de ideias e informações sobre os problemas de segurança e sugestões de soluções sobre os problemas que afectam à comunidade.

Ao policiamento comunitário compete, como actividade primordial, a vigilância e o patrulhamento dos espaços públicos e reportar as ocorrências dos crimes e criminosos à PRM. Estes não podem substituir a Polícia.

Os CPCs podem mediar pequenos conflitos, tais como, disputas familiares, desentendimentos entre vizinhos e outras de pequena monta. Estes não podem resolver casos penais. Devendo estes casos serem canalizados as autoridades competentes através das Esquadras Policiais mais próximas.

Não obstante, a falta de instrumentos reguladores, disciplinadores e de articulação com outros intervenientes na resolução de conflitos, fazem com que os oficiais dos CPCs atuem muitas vezes como juízes em processos civis, sociais e penais dentro das suas jurisdições e fora dos domínios dos procedimentos legais.

⁷¹⁷ Ministério do Interior (2005) Policiamento Comunitário e Serviços Provinciais de Bombeiros. Reunião com os Municípios. Manica, Junho de 2005, p.10.

A Arbitragem, Conciliação e Mediação, como meios alternativos ao sistema judicial, de resolução de conflitos, foram criados através da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho.

Esta fonte de direito constitui um encontro entre o Direito de Moçambique e o Direito Internacional. A adopção desta fonte visa responder aos imperativos resultantes das políticas neoliberais da economia do mercado e de relações económicas internacionais.

Os tribunais arbitrais, no âmbito do pluralismo jurídico, estão reconhecidos constitucionalmente, quer através do artigo 4º da Constituição de Moçambique de 2004, quer através do n.º 2, do artigo 223º da mesma Constituição.

A Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação estabelece as regras aplicáveis a estes tribunais que na essência são regras internacionais impostas pela globalização transnacional e no âmbito do Direito do Comércio Internacional.

A Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação estabelece os mecanismos institucionais e processuais de articulação com os tribunais estaduais e com outros órgãos internacionais, no âmbito de arbitragem comercial internacional⁷¹⁸. Uma nota importante destes tribunais quanto a articulação é a sua susceptibilidade de recursos para os tribunais judiciais em caso da anulabilidade da sua sentença⁷¹⁹. Por outro lado, a Lei permite o recurso a arbitragem comercial internacional⁷²⁰.

Um outro exemplo de internacionalização do pluralismo jurídico aliado a arbitragem são os mecanismos e procedimentos de resolução extrajudicial dos conflitos laborais.

A lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto, determinou que os conflitos laborais passassem a ser resolvidos através de mecanismos extrajudiciais, tais como conciliação, mediação e arbitragem.

A resolução de conflitos extrajudicial pode ser realizada junto às entidades públicas e privadas. Quando a resolução é feita junto a entidade públicas aplicam-se as

⁷¹⁸ Cfr., artigo 55º e ss, da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho.

⁷¹⁹ Cfr., artigo 40º da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho.

⁷²⁰ Cfr., artigo 52º da Lei n.º 11/99, de 8 de Junho.

normas do Decreto n.º50/2009, de 11 de Setembro – Regulamento da Comissão de Mediação e Arbitragem Laboral (COMAL).

A COMAL é uma entidade pública e tutelada pelo Ministério do Trabalho, Emprego e Segurança Social e com representação nas províncias através dos Centros de Mediação e Arbitragem Laboral. Quando a entidade é privada as normas aplicáveis são as estabelecidas na Lei n.º 11/99, de 8 de Julho – Lei da Arbitragem, Conciliação e Mediação.

7.3. O pluralismo normativo, judicial e institucional na resolução de conflitos – os mecanismos de articulação

7.3.1. O reconhecimento e as limitações constitucionais do pluralismo jurídico em Moçambique

O reconhecimento e as limitações constitucionais do pluralismo jurídico em Moçambique transpostos à realidade cotidiana dos vários sistemas jurídicos de resolução de conflitos e suas fontes de Direito levantam vários questionamentos, inseguranças e dúvidas.

De acordo com as disposições constitucionais que reconhecem e regulam as várias vertentes do pluralismo jurídico em Moçambique pode-se constatar que no quadro do pluralismo jurídico moçambicano a ordem jurídica estadual, comunitárias, tradicionais, internacionais ou transnacionais estão integrados num ordenamento jurídico e sujeitos a supremacia constitucional.

O quadro do pluralismo jurídico moçambicano integra três grupos de normas a operar no mesmo ordenamento, a saber: as normas estaduais, costumeiras ou tradicionais e as internacionais.

Os problemas e os desafios levantam-se quando se constata que as disposições constitucionais relativas ao pluralismo jurídico não são claras e controversas. De entre vários desafios pode-se apontar alguns, tais como:

- A inexistência de instrumentos que estabeleçam os mecanismos de ligação jurídica destes grupos de normas ou sistemas jurídicos que coexistem no ordenamento jurídico moçambicano;
- A falta de integração dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos na estrutura orgânica dos tribunais;

- A Constituição ao reconhecer o pluralismo jurídico impôs limites sem estabelecer o quadro apropriado e sem criar espaço para um processo que leve a concretização de uma efectiva coexistência;
- O reconhecimento da autoridade tradicional está em função da sua legitimação através das populações e segundo o Direito Consuetudinário. O Costume Tradicional nem sempre se conforma com os valores e princípios fundamentais constitucionais, tais como os princípios de universalidade e igualdade e o princípio da igualdade de género;
- O reconhecimento da autoridade tradicional desemboca num dilema: Por um lado, se a autoridade tradicional cumprir de *jure* os requisitos impostos pelo n.º1, do artigo 118º da Constituição de Moçambique de 2004, para sua legitimação, pode violar os valores e princípios constitucionais exigidos por artigo 4º da mesma Constituição. Por outro lado, se observa os princípios de universalidade e igualdade de género esvazia o Direito Consuetudinário e perde a sua legitimidade, pois constitui um dos requisitos constitucionais para a sua aceitação estatal⁷²¹;
- O reconhecimento da autoridade tradicional nas condições e limitações previstas na Constituição, *a priori* contraditórias, qual será a solução que o legislador moçambicano vai adoptar? Por exemplo, a solução do Quénia, para o efeito, apontada acima, pode ser uma solução para a nossa realidade?
- O reconhecimento da autoridade tradicional de acordo com as exigências do n.º1, do artigo 118º da Constituição de Moçambique de 2004, não só entra em contradição com o artigo 4º da Constituição, mas também com os instrumentos internacionais dos Direitos Humanos Fundamentais.

⁷²¹ BOCKENFORDE, Markus, Processos de Pluralismo Jurídico e Reforma Constitucional, in in KIED, Helene, et al (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo, p. 66.

- O n.º 2 do artigo 118º da Constituição de Moçambique de 2004, atribui ao Estado a responsabilidade de “*definir o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e visa enquadrar a sua participação na vida económica, social e cultural do país*”. Portanto, se a estrutura tradicional entra em contradição com alguns direitos, deveres e liberdades fundamentais, tais como, os princípios de universalidade e igualdade de género, fica o desafio para o Estado de encontrar uma solução de coexistência não só dentro do pluralismo jurídico, mas também do pluralismo económico, social e cultural.
- A Constituição reconhece o pluralismo jurídico quanto ao sistema do acesso a terra e ao manejo comunitário dos recursos naturais.

O n.º 3, do artigo 98º da Constituição de Moçambique de 2004 estabelece a diferença dos regimes jurídicos dos bens do domínio público em estatais, das autarquias locais e comunitários.

O direito de uso e aproveitamento da terra pode ser adquirido através das comunidades locais segundo as normas e práticas costumeiras⁷²².

As comunidades locais participam na gestão de recursos naturais, na resolução de conflitos de terras, no processo de titulação e na identificação e definição dos limites dos terrenos por elas ocupadas de acordo com as normas e práticas costumeiras⁷²³.

De acordo com a alínea a), artigo 12º, da Lei n.º 19/97, de 1 de Outubro – Lei de Terra, as normas e práticas costumeiras quanto ao DUAT e ao manejo comunitário dos recursos naturais não podem contrariar a Constituição.

Na realidade, constata-se que algumas normas e práticas costumeiras são contrárias aos direitos e liberdades fundamentais. Portanto, questiona-se sobre até

⁷²² Cfr., alínea a) do artigo 12º, da Lei n.º 19/97, de 1 de Outubro – Lei de Terra.

⁷²³ Cfr., artigo 24º, da Lei n.º 19/97, de 1 de Outubro – Lei de Terra.

que ponto o actual quadro legal reconhece os mecanismos e os direitos costumeiros sobre a terra e os recursos naturais?⁷²⁴

7.3.2. Os desafios sobre os mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de composição de interesses e de resolução de conflitos

Os problemas e desafios do reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico no Direito Moçambicano, são tantos e ainda por resolver.

Para ilustrarmos a magnitude dos problemas e dos desafios vamos nos concentrar num único que simboliza a ponta de um iceberg da situação real no terreno: Qual é a interacção existente entre os provedores estatais e não estatais – os tribunais formais, os tribunais comunitários, a polícia oficial (PRM), o policiamento comunitário, a segurança privada e a autoridade tradicional?

A Constituição de Moçambique de 2004 que reconhece o pluralismo jurídico estabelece no n.º3 do artigo 212º que *«podem ser definidos por lei mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de composição de interesses e de resolução de conflitos»*.

Os mecanismos institucionais e processuais de articulação que a Constituição de 2004 propõe estabelecer, infelizmente ainda não estão definidos. Não obstante, ao analisarmos a formulação da disposição acima, ela inicia usando a palavra e a forma verbal “*podem*”. A palavra “*podem*” não é imperativa, ou seja, não impõe um dever ser vinculativo. Esta forma verbal vai mais na linha de sugestão que poderá ser adoptada e sem obrigatoriedade.

A Constituição de Moçambique de 2004 não estabelece nenhum mecanismo de articulação entre as várias ordens jurídicas que coexistem no ordenamento jurídico moçambicano.

⁷²⁴ MONDLANE, Luís João (2004) Pluralismo Jurídico no Sistema do Acesso à terra e as suas Implicações no Maneio Comunitário dos Recursos Naturais: O caso da Província de Maputo Sul de Moçambique, Trabalho de Fim do Curso, Faculdade de Direito da UEM, Maputo, p. 2

Quanto a organização dos tribunais a Constituição estabelece as espécies dos tribunais, desde o Tribunal Supremo até aos arbitrais e comunitários. Curiosamente não indica os outros tribunais reconhecidos ao abrigo do pluralismo jurídico, como por exemplo, os tribunais tradicionais, os tribunais que operam com base na religião e outros⁷²⁵.

No n.º5, do artigo 223º da Constituição de Moçambique de 2004 dispõe que na primeira instância pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas.

O legislador antes do reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico, através da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio, sobre os tribunais Comunitários, estabelecia que estes tribunais deviam tomar as suas decisões à luz dos princípios da equidade, bom senso e justiça.

Por outro lado, o legislador através do Decreto 15/2000, de 20 de junho, sobre as autoridades comunitárias, definia quem eram as autoridades comunitárias e decretava a necessidade da articulação entre estas e os órgãos locais do Estado e aquelas⁷²⁶.

Não obstante, a articulação imposta por este Decreto circunscrevia-se as actividades relacionadas com a unidade nacional, produção de bens matérias e serviços com vista a satisfazer as necessidades básicas de vida e de desenvolvimento local⁷²⁷.

A alínea a) do artigo 4º do Decreto 15/2000, de 20 de Junho estabelece “*a paz, justiça e a harmonia social*” como uma das áreas de articulação. Todavia, para esta área e outras estabelecidas no artigo 4º do Decreto 15/2000, de 20 de Junho, consistem na auscultação de opiniões como a melhor maneira de mobilizar e organizar a participação das comunidades locais na concepção e implementação de programas e planos económicos sociais e culturais, em prol do desenvolvimento local⁷²⁸.

⁷²⁵ Cfr., n.º 1 e 2 do artigo 223º, da CRM de 2004.

⁷²⁶ Cfr., artigos 1º e 2º do Decreto 15/2000, de 20 de Junho.

⁷²⁷ Cfr., artigo 4º do Decreto 15/2000, de 20 de Junho.

⁷²⁸ Cfr., artigo 2º do Decreto 15/2000, de 20 de Junho.

Como se pode constatar, a articulação estabelecida pelo Decreto 15/2000, de 20 de Junho não está relacionado com a articulação entre os tribunais e outras instâncias de resolução de conflitos no ordenamento jurídico moçambicano.

O Regulamento do Decreto 15/2000, de 20 de junho, aprovado através do Diploma Ministerial n.º 107-A/2000, vai na mesma linha. Este estabelece os mecanismos de articulação quanto ao estabelecimento dos deveres e direitos dos interlocutores e na definição das áreas para cada uma.

O Regulamento sobre a Articulação dos Órgãos das Autarquias Locais com as Autoridades Comunitárias, aprovado pelo Diploma Ministerial 80/2004, de 14 de Maio vai na mesma linha do Decreto 15/2000, de 20 de Junho.

Depois da recomendação constitucional em 2004 para o estabelecimento por lei de mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias de resolução de conflitos esperava-se que esta decisão fosse de execução ao curto prazo. De facto, a garantia e o usufruto dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos não podem ser adiados *sine die*.

O governo ciente da importância e da necessidade de desenvolvimento do pluralismo jurídico e no âmbito dos planos da descentralização do poder judicial apoiados pelos doadores, colocou como uma das principais prioridades nos seus planos de acção a justiça e os mecanismos para o seu acesso.

O Governo aquando do PARPA II – 2006 a 2009 estabelecia como uma das prioridades, no Plano de Acção da Redução da Pobreza Absoluta, o aumento da eficiência e celeridade na provisão de serviços da justiça e segurança pública.

Para o efeito, o Governo estabeleceu como acção e estratégia para a interactividade, a criação de uma regulamentação para a articulação entre os tribunais comunitários, tribunais judiciais, autoridades comunitários e autoridade policiais. Esta estratégia visava responder e colmatar o défice da justiça e segurança pública clamada pela sociedade⁷²⁹.

⁷²⁹ Cfr., n.º 294 e 310 do Plano de Acção da Redução da Pobreza Absoluta , 2006 – 2009, PARPA II, Aprovado pelo Conselho de Ministros, aos 2 de Maio de 2006, Maputo.

O Plano Estratégico Integrado do Sector da Justiça (PEI), 2009 – 2014, tinha como meta o funcionamento adequado dos tribunais comunitários e de outros sistemas de resolução de conflitos.

Os Planos e Acções do Governo e do Sector da Justiça aprovados ao longo destes anos, depois do reconhecimento dos vários sistemas normativos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico moçambicano, indicados acima, não passaram de letra morta.

Ao longo destes anos, não só foram adiados sucessivamente as acções planificadas para o aumento da eficiência e celeridade na provisão de serviços da justiça a interactividade que visavam responder o Plano de Acção da Redução da Pobreza Absoluta, PARPA II, como os tribunais comunitários foram esquecidos e entregues a sua sorte e ao Deus dará.

Carlos Manel dos Santos Serra, aquando da exclusão dos Tribunais Comunitários do Sistema Judicial na Lei da Organização Judiciária de 2007, afirma que “...o sistema revela não estar preparado para uma reforma no verdadeiro sentido da palavra, especialmente para resgatar as experiências da participação popular na administração da justiça que caracterizaram o período do Estado Revolucionário”⁷³⁰.

Sara Araújo no seu estudo sobre justiça comunitária em Moçambique, não só aponta para a procrastinação da regulamentação dos tribunais comunitários. Esta investigadora foi mais longe e ao constatar a ausência de medidas de apoio, valorização e monitorização dos tribunais comunitários, conclui que estes tribunais foram remetidos para “o lugar de uma justiça da segunda classe”⁷³¹.

No tocante ao Policiamento Comunitário, foi organizado um seminário em 2008 que culminou com a criação de uma comissão composta por representantes do Ministério do Interior, membros dos Conselhos de Policiamento Comunitários (CPCs) e outros intervenientes para elaborar um anteprojeto de lei sobre Policiamento Comunitário.

⁷³⁰ SERRA, Carlos Manuel dos Santos (2013) Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais – Avanços e Recuos na Construção do Direito Moçambicano, Tese de Doutoramento em Direito Público, FDUNL e ISCTEM, Lisboa e Maputo, p. 519.

⁷³¹ ARAÚJO, Sara, Por uma Ecologia de Justiças: Um estudo rural e urbano da pluralidade moçambicana, in KIED, Helene, et al (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo, p. 121.

O anteprojeto foi entregue ao Ministério do Interior para os passos subsequentes. Infelizmente, o legislador ainda não criou o instrumento para estabelecer os mecanismos e processos de articulação entre o Policiamento Comunitário, o Ministério do Interior e outros intervenientes dentro da mesma jurisdição.

A única base jurídica do Policiamento Comunitário é a genérica disposição constitucional sobre os deveres do cidadão para com o Estado que estabelece que *“Todo o cidadão tem o dever de contribuir para a defesa do Estado”*⁷³².

O Policiamento Comunitário embora criado pelo Ministério do Interior ainda não possui um instrumento que regule e articule a sua actividade com os demais intervenientes sociais, administrativa e jurídica na área.

Embora não se tenha definido por lei os mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos, assim como da segurança pública, ainda pode-se identificar no ordenamento jurídico moçambicano, alguns mecanismos isolados de articulação que o legislador não conseguiu adia-los, a saber:

- No domínio do Direito da Família e Sucessões, o Estado procurou incorporar e articular, por via de registos, no seu sistema jurídico práticas normativas consuetudinárias e religiosas.
- O direito de uso e aproveitamento da terra (DUAT). O n.º 3, do artigo 13º da Lei n.º 19/97, de 1 de Outubro – Lei da Terra – dispõe que o DUAT inclui o parecer das autoridades administrativas locais, precedido de consulta às respectivas comunidades, para efeitos de confirmação de que a área está livre e não tem ocupação.

Para o efeito de atribuição do Direito do Uso e Aproveitamento da Terra (DUAT) as práticas e normas costumeiras locais são tomadas em consideração.

⁷³² Cfr., n.º 1, do artigo 46º da CRM de 2004.

Sem a observância deste requisito – consulta comunitária – o DUAT é declarado nulo.

A participação e consulta comunitária mereceram um Despacho conjunto dos Ministérios da Administração Estatal e do Plano de Finanças, de 13 de Outubro de 2003, que aprova o guião para Participação e Consulta Comunitária na Planificação Distrital.

Este guião serve de base de trabalho aos Administradores Distritais, Postos Administrativos e localidades no processo de planificação participativa.

O Guião para a Participação e Consulta Comunitária na Planificação Distrital compreende os seguintes elementos a ter em conta:

- Princípios fundamentais da organização para a consulta e participação comunitária;
 - Estruturação, âmbito de actuação e composição das instituições de participação e consulta comunitária;
 - Funcionamento das instituições, participação e consulta comunitária;
 - Aspectos da implementação das instituições de participação e consulta comunitárias.
- Os tribunais comunitários foram criados pelo Estado através da lei n.º4/92, de 6 de Maio. Curiosamente, estes tribunais embora criados pelo Estado, infelizmente não fazem parte da estrutura orgânica judicial do Estado.

O legislador justifica a criação destes tribunais fundamentando com base na experiência deste tipo de tribunais e na necessidade de valorizar e aprofundar as diversidades étnicas e culturais de Moçambique.

Estes tribunais foram criados para resolver pequenos diferendos dentro da sociedade e para valorizar as diversas práticas de justiça, assim como os usos e costumes que constituem a síntese criadora do Direito Moçambicano⁷³³. Na

⁷³³ Cfr., §4 da Introdução da Lei n.º4/92, de 6 de Maio.

resolução de conflitos estes julgam de acordo com a equidade, o bom senso e com a justiça⁷³⁴.

A Lei que cria os Tribunais Comunitários estabelece alguns princípios e mecanismos processuais de resolução de conflitos, tais como: jurisdição, competência, funcionamento, a recorribilidade das suas decisões, composição e mandato. Não obstante, não estabelece os mecanismos de articulação com os outros sistemas normativos de resolução de conflitos dentro do mesmo ordenamento jurídico. As suas decisões são recorríveis aos tribunais judiciais.

- Quanto ao relacionamento entre as autarquias locais e as autoridades tradicionais, no âmbito do pluralismo jurídico, pode-se assumir e registar-se uma evolução legislativa positiva quanto aos mecanismos de articulação.

A Lei n.º18/2009, de 10 de Setembro, Lei das Autarquias Locais estabelece dois tipos de articulação:

- A primeira, incumbe ao Ministro que superintende as áreas da função pública e da administração local do Estado de coordenar as políticas de enquadramento das autoridades tradicionais e as formas de organização comunitária⁷³⁵;
- A segunda, cabe aos órgãos das autarquias locais o dever de auscultar as opiniões e sugestões das autoridades tradicionais, assim como coordenar com as mesmas na realização de actividades em benefício destas.

Por outro lado, o legislador aprova o Regulamento de Articulação dos Órgãos das Autarquias Locais com as Autoridades Comunitárias, através do Diploma Ministerial 80/2004, de 14 de Maio.

O legislador através do n.º3, artigo 28º, da Lei n.º18/2009, de 10 de Setembro, sublinha a necessidade da observância escrupulosa da articulação com

⁷³⁴ Cfr., n.º2, artigo 2º, da Lei n.º4/92, de 6 de Maio.

⁷³⁵ Cfr., n.º1, do artigo 28 da n.º1/2008, de 16 de Janeiro – Lei das Autarquias Locais.

as autoridades tradicionais como previsto e em estrito respeito pela Constituição e Lei.

- No âmbito da segurança pública, pode-se destacar os mecanismos de articulação entre a Polícia da República de Moçambique (PRM), a segurança privada e a polícia municipal. Esta última foi criada no âmbito da descentralização administrativa – autarquias locais.

A actividade da segurança privada para a garantia da ordem, segurança e tranquilidade pública é regulada pelo Decreto n.º 9/2007, de 30 de Abril. Este Decreto cria o Regulamento das empresas de segurança privada que é o instrumento de articulação e relacionamento com a PRM.

O Decreto subordina e tutela as actividades das empresas de segurança pública ao Ministério do Interior a quem presta conta através do relatório das suas actividades⁷³⁶.

Quanto aos mecanismos de articulação entre as empresas de segurança privada e a PRM, o regulamento estabelece os procedimentos sobre a fiscalização e inspecção, assim como o controlo⁷³⁷.

Para o efeito e como garantia efectiva desta articulação, o Ministério do Interior instituição de tutela, designa para cada empresa de segurança privada um delegado.

Compete a este delegado na empresa de segurança privada, assegurar a coordenação entre a PRM e a empresa, fiscalizar a empresa nos termos da lei e apresentar o relatório semestral das actividades da empresa⁷³⁸.

⁷³⁶ Cfr., artigo 3º do Decreto n.º 9/2007, de 30 de Abril.

⁷³⁷ Cfr., artigo 39º e 40º do Regulamento das Empresas de Segurança Privada, aprovado pelo Decreto n.º 9/2007, de 30 de Abril.

⁷³⁸ Cfr., artigo 45º do Regulamento das Empresas de Segurança Privada, aprovado pelo Decreto n.º 9/2007, de 30 de Abril.

- Quanto aos mecanismos de articulação entre a PRM e a Polícia Municipal não existe uma subordinação ou hierarquia entre estas duas forças de segurança pública estaduais.

A polícia Municipal foi criada no âmbito da descentralização e instituição dos governos local. Esta conta com um Regulamento de Funcionamento próprio, aprovado através do Decreto nº 35/2006 de 06 de Setembro.

A PRM como força militarizada fornece suporte técnico a Polícia Municipal. Esta última no âmbito da sua jurisdição tem como norma as posturas camarárias. Esta não está habilitada para aplicar a lei penal.

Apesar do suporte técnico da PRM, os mecanismos de articulação e interação entre estas duas forças apresentam muitas lacunas, criando problemas de constrangimentos no seguimento das ocorrências criminais à PRM⁷³⁹.

⁷³⁹ P. ALAR, Francisco Inácio, O Plano Estratégico da Polícia e sua Implementação, in KIED, Helene, et al (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo, p. 180

7.4. Os desafios da internacionalização do pluralismo jurídico no Direito Moçambicano

O pluralismo de normas, procedimentos e instituições de provimento da ordem jurídica, pública, social e económica constitui uma realidade que não pode ser ignorada no constitucionalismo moçambicano.

O reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico foi um passo importante para o início da internacionalização do Direito Moçambicano nesta componente. As limitações constitucionais impostas constituem marcos negativos e positivos para um Estado de Direito Democrático incipiente.

Numa sociedade com uma democracia ainda por consolidar, o reconhecimento do pluralismo jurídico é uma atitude inclusiva da diversidade jurídica nacional e internacional.

Todavia, esta diversidade embora necessária, pode ser capitalizada e usada pelas elites locais, nacionais e transnacionais para reforçar o controlo e excluir os cidadãos ao usufruto dos seus direitos e liberdades fundamentais.

O reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico num país com imensas, dificuldades e limitações para garantir o direito e o acesso a justiça formal, por um lado pode ser uma solução de alívio a pressão social e por outro, pode ser o início de uma justiça compartimentada e segregadora que pode legitimar a divisão da justiça em escalões, tais como a da 1ª, da 2ª e da 3ª classe.

A ausência de um sinal ou uma acção positiva no sentido da materialização das recomendações plasmadas na Constituição de Moçambique de 2004 e nos Planos e Acções do Governo sobre a criação dos mecanismos de articulação entre os tribunais e demais sistemas normativos de resolução de conflitos pode ser interpretada como que o Governo não está comprometido politicamente para o desenvolvimento do pluralismo jurídico.

A reforma do Sector Judicial imposta pela democracia, contestada e eivada de conflitos de interesses, ditou contra a vontade de muitos a desvinculação dos tribunais populares.

Os tribunais populares foram implantados com o objectivo de substituir as estruturas tradicionais.

Nesta viragem, os secretários das aldeias e os vigilantes populares e os Grupos Dinamizadores, parte estrutural do Estado e órgãos vocacionados para a resolução de conflitos e manutenção da ordem ao nível local, foram desvinculados e excluídos da organização judicial⁷⁴⁰.

Esta inércia demonstrada pelo Governo quanto ao desenvolvimento do pluralismo jurídico, mesmo com o apoio dos doadores tradicionais do Sector da Justiça, vem uma vez mais confirmar que o desejo do Governo sempre foi e continua a ser a centralização do poder judicial.

Para concretizar o disposto na Constituição de Moçambique de 2004 sobre a criação de leis que definam os mecanismos institucionais e processuais de articulação entre os tribunais e demais instâncias, os doadores internacionais⁷⁴¹ financiaram uma pesquisa que culminou com o pacote de anteprojetos da Lei de Bases do Sistema de Administração da Justiça, da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais e da Lei do Acesso à Justiça e ao Direito.

Este pacote legislativo de reforma do sistema de administração da justiça foi remetido a Assembleia da República pelo Centro de Formação Jurídica Judiciária através da então Unidade Técnica de Reforma Legal (UTREL). Todavia, contra tudo e todos, estas leis não foram aprovadas⁷⁴².

⁷⁴⁰ KYED, Helene Maria e Trindade, João (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique... "Introdução", op. cit., p.18.

⁷⁴¹ Trata-se da DANIDA e a Cooperação Portuguesa para o Desenvolvimento.

⁷⁴² KYED, Helene Maria e Trindade, João (2012) A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique ... -Introdução - op. cit., p.20. Vide, Trindade, João Carlos (2010) Desafios para Moçambique (IESE). De acordo com Carlos Serra, os anteprojetos da Lei de Bases e da Lei Orgânica dos Tribunais Comunitários promovem a articulação entre os tribunais comunitários e os tribunais judiciais, *"facilitando a aproximação cultural dos tribunais judiciais à população e a possibilidade de recurso das decisões dos tribunais comunitários para os tribunais judiciais; estabelecem um método democrático de eleição dos juízes, incluindo a garantia de representação das mulheres; delimitam o tipo de casos que os juízes terão competência para resolver, o conjunto de sanções que*

Curiosamente, o legislador depois de ter rejeitado em 2005 o anteprojecto que estabelecia o quadro jurídico que apresentava um sistema jurídico integrado e com interação legal e funcional entre os tribunais judiciais e os vários sistemas normativos de resolução de conflitos, aprovou em 2007 a Lei 24/2007 – Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais.

Reiteradamente, esta nova Lei Orgânica não trazia os mecanismos de articulação e estabelecia que os tribunais judiciais “*podem articular com outras instâncias existentes de resolução de conflitos*”.

Perante esta resistência ou inconsistência do Estado em não adoptar uma legislação que regule os mecanismos de articulação entre os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos, alguns investigadores interpretam esta atitude como uma estratégia positiva do Estado de dar uma maior autonomia as ordens jurídicas tradicionais quanto a sua autodefinição e aplicação das suas normas de uma forma pura e genuína⁷⁴³.

Alguns investigadores, perante esta intransigência, apontam para a complexidade do fenómeno do pluralismo jurídico no contexto moçambicano que seria de difícil enquadramento dada a sua divergência normativa e jurisdicional.

A primeira paisagem que vislumbra uma heterogeneidade dos sistemas normativos moçambicanos está na diversificação das instituições que as tutelam. Por exemplo, as autoridades comunitárias são tuteladas pelo Ministério da Administração Estatal e Função Pública. Os tribunais comunitários, as confissões religiosas e as ONGs pelo Ministério da Justiça e Assuntos Constitucionais e Religiosos. A AMETRAMO pelo Ministério da Saúde. Os CPCs pelo Ministério do Interior.

Esta atitude reiterada do Governo deixa transparecer que a consagração constitucional do pluralismo jurídico em 2004 que esteve norteadada de polémicas,

podem aplicar, as taxas que podem cobrar; estabelecem os Conselhos Provinciais Coordenadores das Justiças Comunitárias, com a função primordial de assegurar a interacção entre a justiça judicial e a comunitária; e prevê a formação dos juizes pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária”. Carlos Serra, Aprendendo com Justiça Popular (Conclusão), 16 Março 2010, in <http://opais.sapo.mz/index.php/component/content/article/94-carlos-manuel-serra/5337-aprendendo-com-as-lico-es-da-justica-popular-conclusao.html?tmpl=component&print=1&page=>, acedido no dia 02.01.16.

⁷⁴³ Ibidem., p. 25.

clivagens e desentendimento fora e dentro do Parlamento, tivesse sido uma imposição das forças de mudança para o Estado de Direito Democrático.

Capítulo VIII – O Direito Internacional e o Direito de Moçambique

8.1. Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito de Moçambique

Quanto aos Tratados dos direitos humanos, o legislador constituinte embora tivesse estabelecido claramente a posição hierarquia das normas do Direito Internacional, adopta uma posição diferente, senão contraditória quando estabelece no artigo 43 da CRM que *“os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”*.

Esta disposição coloca, *a priori*, os direitos humanos fundamentais acima da Constituição quando o legislador constituinte faz derivar ou interpretar os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Esta posição adoptada pelo legislador constituinte não surpreende, encontramos-na vincada na primeira Constituição Moçambicana de 1975 quando este exalta a dignidade humana e a coloca como o mote da luta de libertação que culminou com a independência e a auto-determinação de um povo.

O primeiro objectivo da luta era a libertação do homem da opressão e exploração coloniais e tradicionais⁷⁴⁴.

Daí, uma das linhas vectoras que premeia a Constituição Moçambicana de 1975 é a igualdade dos homens (homem e mulher, brancos e negros) em direitos e deveres. Esta linha vectora foi consagrada como um princípio que orienta a acção legislativa e executiva do Estado⁷⁴⁵.

Assim, o legislador constituinte não faz senão projectar o seu ideal de luta a favor da protecção da dignidade humana ao nível mais alto através da Lei Fundamental alicerçada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Consequentemente, esta posição não é mais senão um

⁷⁴⁴ Cfr., artigo 4º da CRPM de 1975.

⁷⁴⁵ Cfr., artigo 29º da CRPM de 1975.

reconhecimento de que a defesa dos direitos fundamentais transcendem a soberania de um povo ou seja de um direito interno e universaliza-se.

A interpretação e integração dos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos criam um conjunto de obrigações e responsabilidades para com os sujeitos de direito internacional, no caso concreto para o Estado Moçambicano, a saber:

- a) A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que nenhuma das suas disposições pode ser interpretada como reconhecimento de qualquer sujeito de Direito Internacional quanto a prática de qualquer acto ou actividade que vai contra os direitos e liberdades neles estabelecidos⁷⁴⁶.

Daí que o Estado moçambicano deve conformar a sua interpretação e integração dos preceitos de direitos fundamentais em harmonia com os ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Este não pode invocar os instrumentos internacionais para a prática de qualquer acto contra os direitos e liberdades consagrados no geral na Declaração dos Direitos Universal dos Direitos Humanos;

- b) Os direitos e as liberdades consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos devem ser exercidos rigorosamente de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas⁷⁴⁷.

Esta obrigação impõe que a interpretação dos preceitos constitucionais relativos aos Direitos Humanos Fundamentais seja de acordo com os princípios das Nações Unidas.

Não obstante, alguns destes princípios, tais como, por exemplo algumas Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas são de aplicação

⁷⁴⁶ Cfr., artigo 30º da DUDH.

⁷⁴⁷ Cfr., n.º 3, do artigo 29º da DUDH.

directa e prescindem de qualquer formalismo interno quanto aos mecanismos de recepção ordinário descritos nas constituições internas de cada Estado e de acordo com o Direito Internacional clássico.

Não obstante, o Estado Moçambicano, desde a sua criação em 1975, vinculou-se aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Esta vinculação e desejo do Estado Moçambicano ficou patente já aquando da primeira Constituição de 1975 que dispõe no artigo 23º que a *“República Popular de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Organização da Unidade Africana”*.

- c) A Declaração Universal dos Direitos Humanos impõe aos sujeitos de Direito Internacional que os Direitos Humanos sejam protegidos pelo Estado do Direito⁷⁴⁸.

O legislador constituinte moçambicano ao se obrigar voluntariamente à interpretar e integrar os seus preceitos constitucionais de Direitos Fundamentais de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto a promoção e protecção eficaz destes direitos, urge harmonizar a própria organização política do Estado dentro do Estado de Direito Democrático;

- d) A interpretação e integração dos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, dada a evolução e a universalização dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, impõem um conjunto de condições ou recursos internos eficazes na protecção dos Direitos Humanos.

Estes recursos podem passar necessariamente pelos procedimentos e pela capacitação dos Tribunais e dos seus agentes no conhecimento e interpretação

⁷⁴⁸ Cfr., § 3º, do Preâmbulo da DUDH.

dos preceitos pertinentes dos instrumentos internacionais dos Direitos Humanos.

Não obstante, por exemplo, o artigo 26º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos impõe o dever de os Estados membros garantirem a independência dos Tribunais e de criar condições apropriadas para o funcionamento adequado das instituições que lidam com a promoção e a protecção dos direitos e liberdades.

Estas medidas ou imperativos de protecção dos Direitos Internacionais emanados dos instrumentos internacionais⁷⁴⁹ para com os Estados membros ditaram que o Estado moçambicano reformasse a sua legislação e instituições com vista a internacionalização da protecção dos Direitos Humanos Fundamentais⁷⁵⁰;

- e) Aquando da protecção e garantia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e cuja interpretação deve ser em harmonia com a Declaração dos Direitos Humanos e da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos impõem que a relação entre as jurisdições nacionais, regionais e internacionais seja de subsidiariedade e não de recursos⁷⁵¹.

Assim, os Tribunais devem conformar com os princípios emanados dos instrumentos internacionais na sua atuação e aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos;

⁷⁴⁹ Cfr., artigo 1º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos que dispõem: “ *Os Estados membros da Organização da Unidade Africana, partes na presente Carta, reconhecem os direitos, deveres e liberdades enunciados nesta Carta e comprometem-se a adoptar medidas legislativas ou outras para as aplicar*”. Vide, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (artigos 3-8, 10-13 e outros); O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (alínea b, do n.º3, do artigo 2º); A Convenção Internacional contra a tortura (artigos 6,7 e 9); A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (alínea b, do n.º2 do artigo 25º); A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (artigos 2º, 4º, 8º e 9º).

⁷⁵⁰ Vide a Reforma do Sector Judicial e da Administração Pública. Por outro lado, o legislador constituinte criou alguns órgãos de garantia dos direitos dos cidadãos, tais como o Provedor de Justiça e a Comissão Nacional dos Direitos Humanos.

⁷⁵¹ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, Direito Internacional e Direito Interno, op. cit., p.7 e 8.

- f) A nova ordem jurídica internacional fez dos instrumentos internacionais dos direitos humanos matérias de aplicabilidade directa nos Estados.

Assim, a melhor interpretação que o legislador constituinte possa fazer de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos é a interpretação ou a sua sujeição à supervisão internacional dos Direitos Humanos Fundamentais internos pelos Tribunais internacionais para aferir a compactibilidade das disposições constitucionais com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esta sujeição dos preceitos constitucionais de Direito Fundamental à interpretação ou supervisão daquele aprimora o direito interno ou melhor internacionaliza o mesmo.

A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno Moçambicano, como ficou ilustrado acima, evoluiu de sistema dualista para o sistema monista quanto a ideia do Direito.

A Constituição de 1975 não abriu espaço para o desenvolvimento e a internacionalização dos direitos humanos fundamentais, embora constitucionalmente tivesse adoptado os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Organização da Unidade Africana e com o desejo de observá-los e aplicá-los.

Esta realidade foi ditada pela filosofia socialista de então quanto ao seu relacionamento com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Constituição de Moçambique de 1990 abriu uma nova página quanto ao relacionamento entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno.

O legislador constituinte ao subordinar a interpretação dos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais ao Direito Internacional dos Direitos Humanos venceu as barreiras e os desafios da invocação da soberania estadual quanto a interpretação, integração e harmonização dos instrumentos internacionais dos Direitos Humanos.

Assim, permitiu a compatibilização entre as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos com as do Direito Interno, imperativo da dinâmica evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da nova ordem jurídica internacional.

A viragem imposta pela Constituição Moçambicana de 1990, quanto às relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno Moçambicano, permitiu o encontro entre a Constituição Moçambicana com os pressupostos universalistas e pluralistas impostos pelo desenvolvimento do Direito Internacional e pela globalização hegemónica das políticas neoliberais da economia do mercado.

Os preceitos constitucionais moçambicanos dos Direitos Humanos Fundamentais ao internacionalizarem-se permitiram que o ordenamento jurídico moçambicano usufruísse dos múltiplos instrumentos de protecção dos Direitos Humanos, quer a nível vertical quer a nível horizontal.

Nos últimos anos, a dinâmica universalista dos direitos humanos, quer em resposta aos desafios da sociedade global, quer aos próprios desafios internos, tem estado a evoluir dentro de um pluralismo de sistemas regionais, transnacionais e global de protecção dos Direitos Humanos.

Por exemplo, o estabelecimento de comités dos tratados internacionais dos direitos humanos, surge como resposta a estes desafios e como uma forma de promoção ou de aprimoramento na protecção dos Direitos Humanos específicos, quer a nível estadual quer dentro da sociedade global.

Portanto, face a estas conquistas internacionais operadas dentro do constitucionalismo moçambicano quanto aos Direitos Humanos Fundamentais, o enxerto sobre a hierarquia das normas introduzido aquando da Constituição Moçambicana de 2004 que coloca as normas do Direito Internacional ao nível dos actos normativos infraconstitucionais entra em contradição com a lógica e a dinâmica evolutiva do Direito Interno e a sua internacionalização.

Estabelecendo o legislador constituinte na mesma Constituição que os preceitos constitucionais relativos aos Direitos Fundamentais são interpretados e integrados de

harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, inequivocamente, os Direitos Internacionais dos Direitos Humanos não são normas do Direito Internacional?

O grande equívoco ou mistério por desvendar neste insólito constitucional é o sentido ou a definição que o legislador atribui a designação de “*normas de Direito Internacional*”.

O legislador constituinte na Constituição Moçambicana de 2004 não só estabeleceu que os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Este foi mais longe quando no artigo 42 da Constituição Moçambicana de 2004 delimita o âmbito e o sentido dos Direitos Fundamentais, dispondo que “*Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis*”.

A extensão ou a abrangência estabelecida pelo legislador constituinte abre espaço para que os outros Direitos Fundamentais constantes no Direito Interno moçambicano (constitucionais ou infraconstitucionais) possam ser interpretados e integrados de harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esta abertura e abrangência constitucional quanto a interpretação e integração dos Direitos Humanos Fundamentais constituem um verdadeiro encontro do Direito Interno com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A internalização da protecção dos Direitos Humanos impostos pela conjuntura internacional e pela globalização hegemónica da económica do mercado, ditou que muitos dos Direitos Fundamentais, outrora considerados exclusivos ao Direito Constitucional.

Por exemplo, o direito ao meio ambiente, água potável e tantos outros, providos ou salvaguardados pelo poder público passaram a ser regulados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos por causa do seu impacto na protecção do valor mais alto da dignidade humana que é a vida.

O encontro de grande intensidade entre a Constituição de Moçambique e o Direito Internacional pode-se afirmar que deu-se no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos Fundamentais por permearem todas as áreas da vida humana (política, social, económica e outras) galvanizaram todas as relações internacionais aquando da transição da constituição socialista de 1975, fracassada por não responder as exigências mínimas de protecção da dignidade humana, para uma Constituição Moçambicana de 1990 que consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático.

Esta nova Constituição assume os pressupostos universalistas e pluralistas impostos pelo desenvolvimento do Direito Internacional e pela globalização hegemónica das políticas neoliberais da economia do mercado.

Este encontro de grande intensidade pode ser evidenciado no relacionamento entre o direito ao ambiente como direito a dignidade humana e o Direito Internacional do Ambiente.

O direito ao ambiente e qualidade da vida é um dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, disposto nos artigos 90º e 117º, ambos da Constituição da República de 2004.

O direito ao ambiente foi constitucionalmente protegido aquando do encontro entre o direito moçambicano com o Direito Internacional através da Constituição Moçambicana de 1990.

Este preceito de direito fundamental surge na Constituição Moçambicana de 1990 disposto no artigo 37º, genericamente, atribuindo ao Estado a responsabilidade de promover iniciativas de promoção e garantias de equilíbrio ecológico, conservação e prevenção do meio ambiente⁷⁵².

A Constituição de 2004 procurou consolidar este direito, criando um novo preceito sobre o direito do ambiente que confere direitos ao cidadão de viver num ambiente

⁷⁵² Cfr., artigo 37º da CRPM que dispõe o seguinte: “*O Estado promove iniciativas para garantir o equilíbrio ecológico e a conservação e preservação do meio ambiente visando a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos*”.

equilibrado e ao mesmo tempo que o responsabiliza atribuindo-lhe o dever de o proteger⁷⁵³.

Quanto ao único preceito introduzido pela Constituição Moçambicana de 1990, o legislador constituinte na Constituição de 2004 acrescentou-lhe mais um número, alargando e aprimorando assim a relação com o Direito Internacional através da incorporação nos preceitos constitucionais um dos princípios básicos consagrado nos tratados internacionais de protecção do direito ao ambiente, a ideia do “desenvolvimento sustentável”⁷⁵⁴.

Foi através da ideia do desenvolvimento sustentável que o Direito Interno moçambicano se internacionalizou e com acrescida responsabilidade constitucional de interpretar, integrar e harmonizar os preceitos sobre Direitos Fundamentais – Direito ao Ambiente - de acordo com os Direitos Internacionais dos Direitos Humanos.

O encontro entre o Direito Interno e o Direito Internacional quanto a promoção e protecção do Direito do Ambiente e a qualidade da vida através do desenvolvimento sustentável radica da crise económica vivida pelo Estado moçambicano na década oitenta aquando da política económica de planificação centralizada que levou o país a um colapso sem precedentes em todas dimensões humanas (social, económica, política e cultural).

As novas políticas neoliberais de economia de mercado adoptados pelo Estado Moçambicano para reverter a situação da crise ditaram uma nova postura do legislador constituinte quanto ao Direito Internacional.

Este para dar efeitos aos Tratados de Direito Internacionais no Direito Interno, impôs ao Estado a adopção de políticas ou medidas legislativas e administrativas que permitissem a internacionalização do Direito Interno, assim como garantia de elegibilidade do Estado para beneficiar de ajuda financeira e programas de

⁷⁵³ Cfr., n.º1, do artigo 90º da CRM de 2004.

⁷⁵⁴ Cfr., n.º2, artigo 117º da CRM de 2004. Não obstante, a alínea d) do n.º2, artigo 117º da CRM de 2004, dispõe claramente que “... no quadro de um desenvolvimento sustentável, o Estado adopta políticas visando: garantir o aproveitamento racional dos recursos naturais com salvaguarda da sua capacidade de renovação, da estabilidade ecológica e dos direitos das gerações vindouras”.

desenvolvimento internacionais com a finalidade de alavancar a economia nacional degradada.

Portanto, dentro da conjuntura política e sócio-económica do país a incorporação do princípio do desenvolvimento sustentável⁷⁵⁵ na Constituição de Moçambique de 2004 surge dentro da estratégia de promoção e protecção do Direito ao Ambiente como Direito Internacional e dentro de um paradigma normativo de ajuda humanitária de desenvolvimento imposto pelas instituições financeiras e organizações de desenvolvimento internacionais.

As instituições de BWs, Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, no âmbito do *Capacity Building* e na liderança das reformas económicas e sociais em Moçambique, colocaram e apostaram nos recursos humanos e naturais como a força motriz e plataforma para o desenvolvimento económico e social do país.

Para o efeito, a dicotomia homem e natureza é incindível, assim como a inequívoca interdependência entre desenvolvimento e o ambiente.

O Governo de Moçambique, reconhecendo que os recursos humanos e naturais são a base do desenvolvimento económico e social do país e que para se lograr os objectivos de desenvolvimento económico e acabar com a pobreza urge gerir estes recursos racional e adequadamente para não comprometer o futuro das gerações presentes e futuras⁷⁵⁶.

Assim, o Governo no seu Programa Quinquenal 1995-1999, aprovado pela Assembleia da República, propõe como uma das acções à garantia dos direitos fundamentais ao cidadão, incluindo necessariamente o direito a um ambiente equilibrado, respondendo assim o disposto no artigo 72º da Constituição da República de Moçambique de 1990.

⁷⁵⁵ A Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro – Lei do Ambiente – define o Desenvolvimento Sustentável no n.º 10, do artigo 1, como “*um desenvolvimento baseado numa gestão ambiental que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer o equilíbrio do ambiente e a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem também a sua necessidade*”. Esta definição foi retirada no Relatório Brundtland da Comissão mundial sobre o Meio Ambiente das Nações Unidas que definiu o Desenvolvimento Sustentável como “*o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração actual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e económico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais*”.

⁷⁵⁶ Cfr., Introdução da Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto, que aprova a Política Nacional do Ambiente.

O Governo entende que para a implementação desta acção é necessário estabelecer os princípios e estratégias que passariam por adopção de uma Política Nacional do Ambiente. Para o efeito, o Governo com a ajuda do Banco Mundial elabora a Política Nacional do Ambiente que foi aprovada através da Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto.

A Política Nacional do Ambiente, aprovada através da Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto, assenta numa premissa básica ou paradigma normativa – Desenvolvimento Sustentável – que se traduz nos seguintes pontos⁷⁵⁷, a saber:

- Moçambique está a braços com sérias dificuldades económicas, cuja população na sua maioria vive abaixo da linha da pobreza.
- Grande parte dos recursos naturais do País estão sob imensa pressão, em virtude da população carente ver-se forçada a ter que recorrer à exploração desregrada daqueles, como garantia da sua sobrevivência, facto que constitui para acelerar a degradação ambiental.
- O Governo reconhece de forma clara e inequívoca a interdependência entre o desenvolvimento e o ambiente.
- As políticas sócio e macro-económicas devem impulsionar um crescimento económico ambientalmente aceitáveis e que se fundem tanto quanto possível, nos preceitos universais do desenvolvimento sustentável.
- A redução da crescente degradação do ambiente contribui para que os recursos naturais continuem disponíveis para a presente e às futuras gerações, nas melhores condições possíveis.

Esta plataforma básica estabelecida pelo Governo – Política Nacional do Ambiente – encontra fundamentos e fonte internacional de Direito nas políticas de desenvolvimento sustentável do Banco Mundial⁷⁵⁸, instituição pioneira na criação de

⁷⁵⁷ Ibidem, Introdução da Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto.

⁷⁵⁸ A política de desenvolvimento sustentável do Banco Mundial estabelecida nos anos 70, assenta em três pilares básicos, a saber: “(i) a avaliação de impactos ambientais anteriores aos projectos; (ii) o fornecimento de reparação material pelos prejuízos sofridos pelas pessoas afectadas pelos projectos; e (iii) a garantia, a tais

normas ou seja parâmetros de acção “*Safeguard Policies*” em defesa do meio ambiente, social e cultural⁷⁵⁹.

Os Princípios do Equador, tidos como parâmetros sociais e ambientais relacionados com a *Performance Standards* da Corporação Financeira Internacional (CFI)⁷⁶⁰ focalizam a sua atenção no instituto de avaliação do impacto ambiental, cuja observância constitui um requisito primário para a concessão de financiamento a projectos considerados de maior risco. Para o efeito, esta avaliação incide sobre três parâmetros de impacto ambiental, a saber:

- A conformidade dos projectos com a legislação ambiental do país que recebe os investimentos ou seja o estudo do impacto ambiental deve ser positivo.
- A conformidade com os *Performance Standards* da CFI.
- A conformidade com as regras sócio-ambientais específicas ao tipo de empreendimento.

Este paradigma – desenvolvimento sustentável – assim estabelecido tornou-se objecto de estudo e cujos resultados contribuíram para os vários posicionamentos das organizações internacionais que repercutiram-se na adopção de Declarações, Protocolos, Convenções e Tratados.

Os três pilares básicos estabelecidos pelo Banco Mundial foram trabalhados e conceptualizados dentro das três componentes ou sustentabilidade, a saber: ambiental, económica e sócio-política.

Não obstante, para a avaliação ou monitorização da sustentabilidade foram estabelecidas metodologias e indicadores.

pessoas, do direito de questionar a conformidade de medidas adoptadas com as directrizes do banco, perante um órgão com competências investigativas”.

⁷⁵⁹ O Banco Mundial em resposta às críticas e manifestações em volta dos projectos de infra-estruturas realizados nas décadas de 1970 e 1980 – construção da represa de Sardar Sadovar, na Índia e ao programa Polo noroeste na Amazônia Brasileira – desenvolveu as primeiras políticas sobre o desenvolvimento sustentável que serviram de base à muitas outras instituições financeiras e de desenvolvimento, por exemplo, o Banco Internacional de Desenvolvimento (BID). Vide, ICTSD, *Novos Actores para o Desenvolvimento Sustentável: as Instituições Financeiras*, op. cit. p. 3.

⁷⁶⁰ A CFI é um organismo que faz parte do Banco Mundial.

Dos indicadores propostos pelos vários organismos, tais como Comissão Europeia, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)⁷⁶¹, Global Environment Outlook (GEO), pode se destacar os aprovados pela Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (CDS) em 1995 e revistos em 1996, 2001 e 2007 concebidos para servir de base aos países em desenvolvimento.

Os indicadores propostos estão inseridos em 14 temas objectos de revisão periodicamente, podendo-se destacar os temas estabelecidos através da revisão de 2007 que são: pobreza; perigos naturais; o desenvolvimento económico; governação; ambiente; estabelecer uma parceria global económica; saúde; terra; padrões de consumo e produção; educação; os oceanos, mares e costas; demografia; água potável, escassez de água e recursos hídricos; biodiversidade.

Por outro lado, a OCDE foi mais perspicaz e objectiva quanto aos indicadores ao propor os objectivos sobre os quais devem ser formulados os indicadores por entender que estes são úteis em função dos objectivos específicos a alcançar ambientalmente.

Para o efeito, de acordo com a OCDE os objectivos para os indicadores ambientais são três: i) avaliar o progresso em termos ambientais; ii) integrar melhor a variável ambiental nas políticas sectoriais; iii) integrar melhor a variável ambiental nas políticas económicas.

A partir destes objectivos a OCDE criou e publicou a *Core Set of Environmental Indicators* em 1993 com o celebre marco referencial - Pressão⁷⁶² / Estado / Resposta – (PER)⁷⁶³. Desde então o PER⁷⁶⁴ passou a ser um marco ou instrumento recomendado

⁷⁶¹ A OCDE foi uma das instituições pioneiras na formulação dos indicadores ambientais. Esta mediante a recomendação do G-7 em 1989, inicia um programa específico em 1990.

⁷⁶² O Departamento de Coordenação de Políticas e Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas desenvolver um programa sobre os indicadores a partir do modelo PER, tendo substituído o marco Pressão por Força Motriz (Driving force) por entender que o termo Pressão possui um significado menos construtivo ou seja negativo. Assim de PER passou para FER Força / Estado / Resposta.

⁷⁶³ Com base no PER, objectivamente, os indicadores pretendem avaliar ou responder a três categorias de problemas: i) Indicadores de Pressão – respondem sobre as causas do problema (emissões e acumulação de resíduos); ii) Indicadores de Estado – respondem sobre o estado do meio ambiente (a qualidade de água no meio urbano, a qualidade de água superficiais ou subterrâneas, as concentrações de substâncias tóxicas ou o número de espécies em risco de extinção); iii) Indicadores de Resposta – respondem sobre o que está a ser feito para resolver o problema (compromissos internacionais, taxas de reciclagens ou de eficiência energética).

⁷⁶⁴ O PER passou a ser recomendado pelo SCOPE e por agências internacionais como UNSTAT e EUROSTAT.

internacionalmente para a tomada de decisões, formulação e controle de políticas públicas⁷⁶⁵.

A implementação dos indicadores da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (CDS) para países em desenvolvimento surge como recomendação da Agenda 21⁷⁶⁶.

Todavia, os 22 países envolvidos na implementação dos 134 indicadores propostos, desde 1996, passados 4 anos, em 2000, reunidos em Ottawa – Canada, decidiram em reduzir os indicadores para 58, justificando esta decisão pelas dificuldades encontradas no terreno, quer quanto as dificuldades enfrentadas na colecta de dados nos países em desenvolvimento, quer de agregar os dados provenientes dos diversos Ministérios, o que torna difícil a sua análise e conclusão⁷⁶⁷.

Face a estas constatações e constrangimentos, a CDS adopta um novo marco referencial baseado em 4 pilares ou dimensões que estratifica os 58 indicadores, a saber:

- i) Ambiental - Ar (mudanças climáticas, buraco na camada de ozônio e qualidade do ar), Solo (usos agrícola, florestal, urbanização e desertificação), Água (quantidade e qualidade), Mares e oceanos (zona costeira e pesca), Biodiversidade (ecossistemas e espécies).*
- ii) Social - Equidade (pobreza e equidade por género), Saúde (nutrição, mortalidade, assistência, água potável e esgotamento sanitário), Educação (alfabetização e escolaridade), Habitação (condições habitacionais), Segurança (crimes) e Demografia (fluxos demográficos).*
- iii) Económica - Padrões de consumo e produção (consumo de materiais, energia, transportes e geração e manejo de resíduos).*
- iv) Institucional - Marco Institucional (estratégia de desenvolvimento sustentável e cooperação internacional), Capacidade institucional (acesso à informação; infra-*

⁷⁶⁵ RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, et al., Indicadores Ambientais para os Países em Desenvolvimento, Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM), Brasil, p. 6. in <http://www.bvsde.paho.org/bvsAIDIS/PuertoRico29/junque.pdf>, acedido no dia 01.08.2014

⁷⁶⁶ Cfr., Capítulo 40 do documento da Agenda 21.

⁷⁶⁷ RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, et al., Indicadores Ambientais para os Países em Desenvolvimento, op.cit.p.8.

*estrutura de Comunicação; ciência e tecnologia; e capacidade de resposta aos desastres naturais)*⁷⁶⁸.

Ao compulsar-se sobre a legislação do ambiente de Moçambique, pode se constatar que os três pilares básicos estabelecidos pelo Banco Mundial nas suas políticas de acção “Safeguard Policies” em defesa do meio ambiente foram adoptados como fontes de Direito Internacional.

Estas fontes ditaram a criação dos vários instrumentos jurídicos, nomeadamente: os n.º 2.1 e 2.3 da Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto – Política Nacional do Ambiente; artigos 2º, 6º e 10º da Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro – Lei do Ambiente; artigos 2º, 3º e 4º da Lei n.º 10/99, de 7 de Julho – Lei de Florestas e Fauna Bravia; n.º 3.2 e 3.3 da Resolução n.º 16/2005, de 11 de Maio – Programa Quinquenal do Governo para 2005 – 2009.

Os três pilares de desenvolvimento sustentável, nomeadamente o desenvolvimento económico, social e a conservação do ambiente assumidos pelo Governo no Programa Quinquenal do Governo de 2005 -2009, encontram a sua materialização no Plano Estratégico para o sector do Ambiente (2005 -2015), assim como nos Objectivos de Desenvolvimento do Milénio e Agenda 21 assumidos pelo PARPA II.

No âmbito da ajuda humanitária e de desenvolvimento, Moçambique para garantir o desenvolvimento sustentável, requisito indispensável para o financiamento dos vários projectos económicos para o combate a pobreza no país, vê se na contingência de aderir diversas convenções internacionais no âmbito do meio ambiente, tais como: Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, Convenção sobre a Diversidade Biológica, Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, a Convenção das Nações Unidas sobre Combate à Desertificação e Seca, Declaração da Sessão Especial da Assembleia das Nações Unidas de 1997 (Rio+5), Declaração Política da Cimeira Mundial de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002 (Rio+10).

⁷⁶⁸ Vide, United Nations – Department of Economic and Social Affairs – Commission of Sustainable Development, Global Trend and Status Indicators of Sustainable Development, Fourteenth Session, 1 – 12 May 2006, New York., p.6 e 7.

O Governo para responder as exigências das Convenções e especificamente as recomendações da Agenda 21, que através do artigo 8, incentiva os países em desenvolvimento a adoptarem estratégias nacionais de desenvolvimento sustentável, assim como a desenvolver e harmonizar os planos e as diferentes políticas sectoriais económicos, sociais e ambientais, adopta, de entre outros, os seguintes instrumentos nacionais: Planos de desenvolvimento sustentável; Estratégias e plano de acção de diversidade biológica; Estratégia ambiental para desenvolvimento sustentável; Plano de implementação das decisões da Cimeira Mundial de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002 (Rio+10) e Regulamentos e Políticas Ambientais conexos.

Moçambique tem sido assolado pela seca e estiagem cíclicas nalgumas regiões do país, devido as mudanças climáticas que o cosmo enfrenta hoje.

No âmbito da Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Seca, o país tem beneficiado da ajuda da União Europeia e de Organizações Internacionais no quadro de uma abordagem integrada do desenvolvimento sustentável dentro da Agenda 21 e dos Objectivos de Desenvolvimento do Millennium para uma gestão sustentável dos recursos naturais e consequentemente para a redução da pobreza absoluta em Moçambique.

A Convenção dispõe no artigo 4º que os países partes desenvolvidos comprometem-se a dar apoio técnico e financeiro aos países partes em desenvolvimento afectados. Não obstante, esta ajuda humanitária e ao desenvolvimento, passa por observância de normas e obrigações, a saber⁷⁶⁹:

- a) dar a devida prioridade ao combate a desertificação e a mitigação dos efeitos da seca, alocando recursos adequados de acordo com a suas circunstâncias e capacidades;*

⁷⁶⁹ Cfr. Artigo 5º, da United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, in www.unccd.int/Lists/SiteDocumentLibrary/conventionText/conv-eng.pdf acedido no dia 04.08.2014

- b) estabelecer estratégias e prioridades no quadro dos planos e políticas de desenvolvimento sustentável, tendo em vista o combate à desertificação e seca;*
- c) atacar as causas profundas da desertificação e dar especial atenção aos factores socioeconómicos que contribuam para os processos de desertificação;*
- d) promover a sensibilização e facilitar a participação das populações locais, em especial mulheres e jovens, nos esforços para combater a desertificação e mitigar os efeitos da seca;*
- e) criar um ambiente favorável, recorrendo, conforme for adequado, ao reforço da legislação relevante em vigor ou à promulgação de nova legislação e à elaboração de novas políticas e programas de acção a longo prazo.*

Por outro lado, a Agenda 21 e os Objectivos de Desenvolvimento do Millennium (ODM), encontram no paradigma – desenvolvimento sustentável – o epicentro para combater a pobreza nos países em desenvolvimento através de promoção ou garantia da melhoria da sustentabilidade ambiental.

Nesta óptica, a erradicação da pobreza passaria necessariamente por planeamento adequado dos espaços territoriais, mudança dos padrões de produção e de consumo, benefício mútuo no uso e gestão de biodiversidade, eliminação das causas de doenças endémicas e disponibilização de água potável e em suma, protecção dos recursos naturais necessários ao desenvolvimento socio-económico.

Para o efeito, a Agenda 21 e ODM, para a melhoria da sustentabilidade ambiental estabeleceram quatro objectivos⁷⁷⁰ fundamentais:

- i) Integrar os princípios do desenvolvimento sustentável nas políticas e programas nacionais e reverter a perda de recursos ambientais;*

⁷⁷⁰ Cfr., Objectivo 7, “Ensure Environmental Sustainability” dos Objectivos de Desenvolvimento do Millennium e os seus Indicadores, in <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Attach/Indicators/OfficialList2008.pdf>, acedido no dia 04 de Agosto de 2014.

- ii) Reduzir de forma significativa, até 2010, a perda da biodiversidade;*
- iii) Reduzir para metade a proporção de população sem acesso água potável e saneamento básico;*
- iv) Alcançar, até 2020 uma melhoria significativa em pelo menos cem milhões de pessoas a viver abaixo do limiar da pobreza.*

Moçambique na prossecução destes objectivos e garantir o desenvolvimento sustentável – erradicação da pobreza – adoptou e integrou no seu ordenamento jurídico interno, quer os princípios do desenvolvimento sustentável, quer as normas da ajuda humanitária e de desenvolvimento recomendados pelos organismos internacionais, assim como as obrigações emanadas das Convenções Internacionais no âmbito do meio ambiente na qualidade de signatário.

Por exemplo, comparativamente, as recomendações dos organismos internacionais aos Estados partes constam nos seguintes Planos de Acção da Redução da Pobreza Absoluta (PARPA I e II), a saber:

- O compromisso emanado da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, alínea e) artigo 4.1 está reproduzido no Objectivo n.º 271.1 do PARPA I;

- O compromisso disposto no Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas está reproduzido no Objectivo n.º 270.1 do PARPA I;

- O artigo 6º da Convenção sobre a Diversidade Biológica consta nos Objectivos n.º 166.1, 167.1, 168.1 e 169.1, ambos do PARPA I;

- As recomendações que constam no Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança foram reproduzidas nos Objectivos n.º 111 e 112 do PARPA II; os compromissos da

Convenção das Nações Unidas sobre Combate à Desertificação e Seca estão reproduzidos nos Objectivos n.º 170.1 do PARPA I e n.º 207 do PARPA II⁷⁷¹.

Moçambique com o Programa de Acção da Redução da Pobreza Absoluta I e II⁷⁷², Programa Quinquenal do Governo de 2005 -2009, Plano Estratégico para o sector do Ambiente (2005 -2015), Estratégias e plano de acção para Convenção de Diversidade Biológica, Estratégia ambiental para desenvolvimento sustentável, Plano de implementação das decisões da Cimeira Mundial de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002 (Rio+10), Estratégia de Desenvolvimento Rural (EDR)⁷⁷³ e outros, assume o desafio de internacionalização das suas políticas e estratégias nacionais de desenvolvimento, assegurando assim a coordenação das acções de desenvolvimento económico, social e ambiental.

Este desafio de desenvolvimento e implementação das estratégias nacionais de desenvolvimento, de acordo com o princípio de desenvolvimento sustentável, criados a partir das fontes de Direito Internacional, leva-nos a afirmar a existência de uma abertura ampla à internacionalização do Direito Moçambicano.

⁷⁷¹ MAVUNGA, Boaventura, Estudo sobre o Papel das Convenções Internacionais sobre meio ambiente no Alívio a Pobreza em Moçambique – uma análise de consistência (Relatório Final) - Ministério para a Coordenação da Acção Ambiental, Direcção Nacional de Gestão Ambiental, Maputo, Agosto de 2005. p. 13 -16.

⁷⁷² Este Programa PARPA I e II, através do Pilar Assuntos Transversais, respondem e materializa o Objectivo 7 dos ODMs, “*Assegurar a sustentabilidade Ambiental*” - Meta 9: integrar os princípios de desenvolvimento sustentáveis nas políticas e programas nacionais e inverter a perda dos recursos ambientais. Vide, Anexo 2: Ligações entre os Pilares do PARPA II e os Objectivos de Desenvolvimento do Milénio, Fonte: Governo da República de Moçambique e PNUD, 2 de Maio de 2006, in República de Moçambique, Plano de Acção de Redução da Pobreza Absoluta 2006 -2009, (PARPA II) Maputo, 2 de Maio de 2006, p.156.

⁷⁷³ República de Moçambique, Conselho de Ministros, Estratégia de Desenvolvimento Rural (EDR), Maputo, 11 de Setembro de 2007, in www.portaldogoverno.gov.mz/docs_gov/estrategia/adminEst/estrategia_desenvolvimento_rural.pdf, acedido 28 de Julho de 2014.

8.2. Direito Internacional Económico e o Direito de Moçambique

Os encontros e desencontros entre o Direito Moçambicano e o Direito Internacional, no tocante a matéria do Direito Económico, deu-se logo no início com a primeira Constituição de Moçambique, aquando da independência em 1975.

Esta Constituição dispõe no segundo parágrafo do artigo 8º que “*A República Popular de Moçambique reconhece a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados adoptada pela XXIX Sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas*”.

Esta Carta foi caracterizada por um dualismo acentuado na relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Esta estabelece o princípio de soberania permanente dos Estados, salvaguardando, por um lado, a independência económica dos Estados e, por outro lado, a interdependência ou segurança económica colectiva⁷⁷⁴.

Esta primazia da soberania permanente dos Estados ditou uma ruptura com a ideia do Direito Internacional de então que assentava no conceito de soberania estritamente política.

A Carta dos Direitos e Deveres Económicos surge como um ponto de viragem e um marco nas relações económicas internacionais que ditaram uma nova ordem económica através da Declaração sobre o Estabelecimento da Nova Ordem Económica Internacional e do seu Programa de Acção.

A Nova Ordem Económica Internacional pôs fim a hegemonia económica internacional que conferia as empresas internacionais o direito de explorar livremente os recursos naturais.

Esta viragem teve como marco a adopção pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Resolução n.º1.803 (XVII), de 14 de Dezembro de 1962, sobre “Soberania Permanente de Recursos Naturais”. Com esta Resolução, dá-se a soberania permanente dos Estados sobre os recursos e vinca o dever de não intervenção nos assuntos internos

⁷⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, As Nações Unidas e a Ordem Económica Internacional (Com a atenção especial aos Estados latino-Americano), in Revista de Informação Legislativa, Brasília a.21, n.º81, Janeiro/Março, 1984, Suplemento, p. 6.

dos Estados, ao ponto das Resoluções subsequentes deixarem de fazer referência ao direito internacional existente na enunciação do princípio de soberania permanente dos recursos naturais⁷⁷⁵.

O Estado moçambicano ao reconhecer a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados da ONU de 1974 reafirma os seus objectivos de eliminar das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente e, a edificação de uma economia independente⁷⁷⁶.

De facto, o Estado Moçambicano encontra na Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados da ONU a protecção e garantia do direito inalienável à soberania permanente sobre os seus recursos naturais ou seja do controlo efectivo destes recursos, traduzindo-se num dos objectivos da sua luta, em especial, e da dos países em desenvolvimento de então, em geral.

Foi dentro deste espírito nacionalista e revolucionário - edificação de uma economia independente - que o Estado Moçambicano, na qualidade de um país emergente e em desenvolvimento que alia-se ao movimento dos não-alinhados e às políticas económicas socialistas.

Esta aliança visava salvaguardar os seus objectivos políticos e económicos, ou seja, a reafirmação dos seus direitos soberanos de dispor livremente dos seus recursos naturais em prol do seu desenvolvimento nacional.

A política e a estratégia de desenvolvimento económico socialista adoptada pelo Estado Moçambicano, desde a independência, conduziram o país num colapso económico e desencadeou uma crise social e política.

Este fracasso económico ditou uma viragem e uma reorientação da política externa, com início em 1982. Esta crise fez com que o Estado Moçambicano se

⁷⁷⁵ Cfr., artigo 2º da Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados, adoptada pela XXIX Sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1974.

⁷⁷⁶ Cfr., artigo 4º da CRPM de 1975.

aproximasse aos países ocidentais com interesses na África Austral e às organizações económicas internacionais, procurando alargar as relações diplomáticas⁷⁷⁷.

Esta reorientação da política externa moçambicana marca o início do encontro com as políticas de economia de mercado e uma abertura para o Direito Internacional Económico.

Para o efeito, o Estado moçambicano desenvolve acções e políticas económicas concretas para responder os imperativos das políticas internacionais do mercado.

O Programa de Reabilitação Económica (PRE) e o Programa de Emergência, adoptados através da resolução n.º 15/87, de 22 de Setembro, constituem um marco e uma viragem para a economia de mercado e uma ruptura com as políticas socialistas de economia centralizada.

A Constituição de Moçambique de 1990 vem cristalizar o encontro entre o Direito Interno e o Direito Internacional económico quando esta abandona a concepção socialista do Estado e da economia e funda uma ordem económica submetida às forças do mercado⁷⁷⁸.

Para o efeito, dispõe a Constituição de Moçambique de 1990, através do artigo 41º que *“a ordem económica da República de Moçambique assenta na valorização do trabalho, nas forças do mercado...”*.

O Estado ao liberalizar a economia abre-se e vai ao encontro das políticas internacionais de economia de mercado, assumindo-se como regulador e promotor do crescimento e desenvolvimento económico⁷⁷⁹.

A Constituição de Moçambicana de 2004, quanto ao relacionamento entre o Direito Interno e o Direito Internacional Económico, reafirma as conquistas plasmadas na Constituição Moçambicana de 1990, ao mesmo tempo que aprimora as relações

⁷⁷⁷ GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento (2009) Evolução Constitucional da Pátria Amada, Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, CIEDIMA, SARL, Maputo, p.32.

⁷⁷⁸ BALTAZAR, Rui, Diagnóstico institucional e organizacional do Aparelho do Estado em Moçambique, República de Moçambique, Ministério da Administração Estatal, Democracia e Fortalecimento Institucional, Workshop, Maputo, de 29 de Junho até 9 de Julho de 1993, p. 4; Vide, GOUVEIA, Jorge Bacelar, “O Princípio Democrático no novo Direito Constitucional Moçambicano”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXVI, 1995, pp. 457-491.

⁷⁷⁹ Cfr., artigo 41º da CRM de 1990 e alínea g) do artigo 97º da CRM de 2004.

existentes, assegurando a cobertura constitucional quanto a produção dos efeitos internos dos actos do direito derivado das organizações económicas internacionais, instituições transnacionais e das organizações de integração económica regionais.

Esta cobertura dos efeitos internos dos actos do direito derivado foi estabelecida com o enxerto do n.º 2 no artigo 132º da Constituição Moçambicana de 2004 que dispõe o seguinte: *“o funcionamento do Banco de Moçambique rege-se por lei própria e por normas internacionais a que a República de Moçambique esteja vinculada e lhe sejam aplicáveis”*.

8.2.1. Encontros e desencontros entre o Direito Interno e o Direito Internacional Económico - na Primeira República

Moçambique, saído do jugo colonial, ao abraçar o ideal marxista-leninista para a edificação do novo Estado Socialista que passaria pela reconstrução nacional, depois de uma guerra devastadora, conta com a ajuda e solidariedade dos países socialistas e do movimento dos não-alinhados⁷⁸⁰.

Para a materialização da estratégia de desenvolvimento, guia-se pelos trilhos da revolução Russa de 1917 e encontra no Direito Soviético fonte de Direito Internacional para as suas reformas legislativas económicas.

A sovietação da 1ª Constituição de Moçambique independente de 25 de Junho de 1975 constitui prova inequívoca da ideia do Direito subjacente nas políticas económicas que o legislador constituinte se apoiou para a reconstrução do país rumo ao desenvolvimento económico e social.

⁷⁸⁰ A Constituição da República Democrática Alemã dispõe claramente no n.º 2 do artigo 6º, quanto a ajuda, o seguinte: *“...The German Democratic Republic is always and irrevocably with the Union of the Socialist Soviet Republics allied... It contributes faithfully to the principles of the socialist internationalism to its stabilization, maintains and develops the friendship, all-round co-operation and the mutual existence with all states of the socialist community”* e reforçadamente no artigo 3º da mesma Constituição estabelece que *“The German Democratic Republic supports the states and peoples, which fight against the imperialism and its colonial regime, for national liberty and independence, in its struggle for social progress...”*.

A Constituição de 25 de Junho de 1975 espelha claramente estas evidências quer quanto aos pressupostos filosóficos, políticos e ideológicos, quer ao próprio conteúdo que transpõe mais de cinquenta porcentos das disposições da Constituição Soviética (Estalinista) de 1936⁷⁸¹.

A 1ª Constituição de Moçambique independente, de 25 de Junho de 1975, dispõe no artigo 71º o seguinte: *“Toda a legislação anterior no que for contrário a Constituição fica automaticamente revogada. As legislações anteriores no que não for contrário a Constituição mantêm-se em vigor até que seja modificada ou revogada”*.

Partindo deste pressuposto, o legislador constituinte inicia uma actividade intensa de reforma e criação legislativa, tendo como principal fonte de Direito Internacional o Direito Socialista do modelo soviético.

Cinco áreas sócio-económicas foram identificadas como prioritárias no processo da reconstrução nacional e da edificação de uma sociedade socialista: a educação, a saúde, a agricultura, a defesa e a justiça.

O Conselho de Ministros decidiu pela reformulação e criação de um novo quadro legal nestas áreas, com o objectivo de responder os ditames da nova exigência revolucionária socialista.

Esta decisão foi acompanhada com as resoluções do Comité Central da Frelimo, em 1976, na sua 8ª Sessão, e depois com as orientações saídas do III Congresso da Frelimo, em Fevereiro de 1977.

No tocante à educação foi aprovado o Decreto n.º 12/75, de 6 de Setembro, que proíbe o exercício do ensino privado e passando a ser uma actividade exclusiva do Estado.

⁷⁸¹ Comparando as disposições que compõem a Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 e as da Constituição Soviética Estalinista de 1936, em vigor em 1975, constata-se as semelhanças nos artigos seguintes: artigo 2º da CRPM vs artigo 3º URSS; artigo 6º vs artigo 4º; artigo 7º vs artigo 12º; artigo 8º vs artigo 6º; artigo 9º vs artigo 11º; artigo 11º vs artigo 5º; artigo 12º vs artigo 10º; artigo 15º vs artigo 121º; artigo 16º vs artigo 120º; artigo 17º vs artigo 122º; artigo 19º vs artigo 124º; artigo 25º vs artigo 129º; artigo 26º vs artigo 123º; artigo 27º vs artigo 126º; artigo 30º vs artigo 133º; artigo 32º vs artigo 120º; artigo 33º vs artigo 128º; artigo 35º vs artigo 127º; artigo 36º vs artigo 133º; artigo 62º vs artigo 102º; artigo 65º vs artigo 112º, ambos da CRPM e da Constituição URSS.

O ensino foi centralizado e politizado, passando este a desempenhar as funções e as tarefas revolucionárias socialistas.

Na Saúde foi aprovado o Decreto-Lei nº.5/75, de 19 de Agosto, que cria o novo Sistema Nacional de Saúde (abolindo a medicina privada), tendo sido estabelecidas as grandes linhas políticas e organizativas que devia seguir o Sector da Saúde.

Na agricultura foi aprovada a Resolução nº 3/77, de 1 de Setembro, sobre a Lei de Terras, durante a 1ª Sessão da Assembleia Popular (Agosto e Setembro de 1977). Na Defesa foi aprovado o Decreto-Lei nº 21/75, de 11 de Outubro, que cria o Serviço Nacional de Segurança Popular (SNASP), com atribuições e poderes judiciais ou quase-judiciais. E no mesmo mês foi aprovado o Decreto nº 25/75, de 18 de Outubro, que aprova a criação da Polícia de Investigação Criminal (eliminada a então Polícia Judiciária) e a sua integração nas estruturas do Ministério do Interior.

No âmbito da defesa da economia nacional foi aprovado o Decreto n.º 9/79 de 30 de Junho, que integra a Polícia Aduaneira no Ministério do Interior, posteriormente transferida para os Serviços Nacionais de Segurança Popular (SNASP) que vela pela defesa e segurança do Estado.

Na Justiça foi aprovado o Decreto-Lei nº 4/75, de 16 de Agosto, que proíbe o exercício da advocacia e das funções de consultoria jurídica, solicitaria, procuradoria judicial ou extrajudicial, a título de profissão liberal.

Para colmatar a lacuna cria-se o Serviço Nacional de Consultoria e Assistência Jurídica (SNCAJ), na dependência da Procuradoria-Geral da República.

Conquistada a independência em 1975, a FRELIMO iniciou uma reflexão e debate com o enfoque nas teorias marxistas e revolucionárias da sociedade, decidindo adoptá-las para a realidade moçambicana.

Pouco tempo depois, ao constatar-se o fraco desenvolvimento das forças produtivas e as precárias relações de trabalho em Moçambique, colocou-se o problema da viabilidade da implementação do socialismo científico (marxista) ou do propalado socialismo cultural africano.

Não obstante, olhando para o grau ou estado de economia deixada pelo colonialismo e a qualidade dos recursos humanos, assim como a força produtiva existente duvidava-se se o bloco socialista, já no prenúncio da crise estaria em condições de suportar as novas economias emergentes nos países africanos e noutros continentes.

Como se pode constatar, estas reflexões e indefinições sobre a ajuda aos países recém-independentes, por exemplo, no caso de Moçambique, ditou a sua não admissão no COMECON por ter-se posicionado como um país de “orientação socialista”.

Esta realidade excludente criou clivagens políticas e económicas e impeliu Moçambique a adoptar o socialismo científico como sistema e modelo de economia e do desenvolvimento. A adopção de Moçambique do socialismo científico permitiu o seu reconhecimento por Moscovo e consequentemente o acesso aos recursos e as relações políticas e económicas privilegiadas⁷⁸².

8.2.1.1. O Plano Estatal Central (PEC) e o Plano Prospectivo e Indicativo (PPI) e o Direito Internacional Economico

A Primeira República Moçambicana emergida da independência nacional foi caracterizada pelo centralismo democrático cujo objectivo era a edificação de um Estado socialista.

O Estado para alcançar o grande sonho ideológico tomou como modelo os trilhos dos países socialistas – apoderar-se dos meios de produção capitalistas e entregou-os aos operários e camponeses; o poder pertence ao povo.

Esta medida respondia um dos propósitos da luta e constituiu um dos objectivos fundamentais da República Popular de Moçambique consagrado na Constituição: «*a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente*»⁷⁸³.

⁷⁸² MOSCA, João, Agricultura de Moçambique Pós-Independência: da experiência Socialista à Revolução do Modelo Colonial, in Revista Internacional em Língua Portuguesa, III Série, Nº 21, p. 49, editado pela Associação das Universidades de Língua Portuguesa, Lisboa.

⁷⁸³ Cfr., artigo 4º, da CRPM, de 1975.

A construção da nova sociedade livre da exploração do homem pelo homem passaria por dois pressupostos: eliminar a estrutura de opressão assente no modelo económico – capitalista – de acumulação e concentração de riquezas nas mãos de um grupo detentor dos meios e força de produção e desenvolver a planificação económica e administrativa centralizada no Estado⁷⁸⁴.

Estes dois pressupostos ditaram a evolução e o desenvolvimento legislativo económico neste período revolucionário de 1975 até 1984. Não obstante, o Estado para edificar este grande sonho contou com a ajuda e solidariedade da URSS e dos países socialistas⁷⁸⁵, quer no desenho, quer na implementação deste modelo de reconstrução económica socialista. Para o efeito, viu-se na contingência de adoptar o marxismo-leninismo como ideologia do Estado.

O modelo soviético tido como fonte de Direito Internacional assentava num forte planeamento centralizado e administrativo da economia e das principais actividades económicas e sociais.

Dentro desta dinâmica o Governo lança o Plano Estatal Central (PEC), onde estabelecia as acções e os investimentos e, fixava as metas de produção.

Neste modelo centralizado de planificação socialista estava subjacente a linha política e ideológica marxista-leninista que conferiam as acções e as metas um imperativo legal⁷⁸⁶.

Esta realidade ditou a reestruturação económica e social de base que culminou com a definição de políticas e acções concretas para lograr estes objectivos.

A FRELIMO definiu em 1979 que a década de 1990, seria a década da Vitória contra o subdesenvolvimento e estabeleceu as estratégias de desenvolvimento através do Plano Prospectivo e Indicativo (PPI)⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ Cfr. Artigo 9º da CRPM, de 1975.

⁷⁸⁵ Tratava-se da República Democrática Alemã, República da Cuba, República Popular da China.

⁷⁸⁶ FRANCISCO, António Alberto da Silva (2012) Reestruturação Económica e Desenvolvimento, in SANTOS, Boaventura e TRINDADE, João, (Organizadores) 2003, Conflitos e Transformação Social: Uma paisagem das Justiças em Moçambique, op. cit. p.158.

⁷⁸⁷ O PPI apontava como objectivos específicos: i) Promover a radical transformação da estrutura económica e social com a criação de um sector socialista dominante; ii) Promover o aumento do nível de vida da população em geral, com vista a satisfação das suas necessidades básicas; iii) Consolidar o poder político,

O PPI apontava para as políticas e acções concretas a desenvolver em três frentes: a organização e socialização do campo que passaria pela criação de aldeias comunais; a industrialização do país que passaria pelas nacionalizações, criação das empresas estatais e cooperativas de produção e pela formação da força de trabalho⁷⁸⁸.

O estudo ora realizado em torno da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional económico, encontro e desencontro à luz do pluralismo jurídico global, pretende mostrar, sem pretensão de esgotar, as mais relevantes influências e características legislativas plasmadas no ordenamento jurídico moçambicano dentro desta nova forma dominante de manifestação de pluralismo das fontes de Direito Internacional no novo espaço jurídico globalizado e transnacional.

8.2.1.2. A legislação sobre intervenção e nacionalização e o Direito Internacional Económico

Depois do Acordo de Lusaka, que pôs termo a guerra colonial em Moçambique e estabeleceu o governo de transição rumo a independência nacional, inicia o processo de descolonização e consequentemente do abandono de empresas pelos respectivos proprietários avessos ao novo regime e temendo represálias.

Esta situação de abandono abriu espaço para a adopção de medidas de carácter económico, político e penais que visavam possibilitar a intervenção do Estado, quer para dinamizar a actividade económica (para garantir a paz social e progresso económico), quer para impedir actos subversivos que poderiam prejudicar a economia e a reconstrução nacional de Moçambique⁷⁸⁹.

fortalecendo a base social operária e baseado no campesinato forte; iv) Conquistar o que de essencial constitui o património científico e técnico de toda a humanidade. Vide, MACHEL, Samora Machel, 1983, A Luta Contra o Subdesenvolvimento, Maputo, Partido Frelimo, pp. 102 a 104.

⁷⁸⁸ FRANCISCO, António Alberto da Silva (2012) Reestruturação Económica e Desenvolvimento, in SANTOS, Boaventura e TRINDADE, João, (Organizadores) 2003, Conflitos e Transformação Social: Uma paisagem das Justiças em Moçambique, op. cit. p.106 a 107.

⁷⁸⁹ Cfr., Introdução do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro.

Não obstante, esta situação foi aproveitada estrategicamente para acomodar as normas pós-estatais (soviéticas e ou socialistas) como fonte de Direito Internacional em pleno Governo de transição do Estado português para o novo Estado moçambicano.

O Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, que adopta várias providências tendentes a garantir a paz social e o progresso económico de Moçambique, espelha esta realidade pluralista da manifestação do direito, tendo como fonte de Direito Internacional as normas de Direito Económico Socialistas.

O Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, foi o ponto de partida para o lançamento da estratégia governamental no tocante as intervenções e nacionalizações, pressuposto básico para a edificação de uma nova economia socialista.

A Constituição soviética de 5 de Dezembro de 1936 estabelecia a base económica do sistema socialista que devia consistir “...na posse socialista dos utensílios e meios de produção, firmemente estabelecidos em substituição do sistema económico capitalista, com abolição da propriedade privada dos utensílios e meios de produção e com a eliminação da exploração do homem pelo homem”⁷⁹⁰.

Dentro desta filosofia política e económica o Governo de transição, através do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, abriu o espaço para o acolhimento das normas socialistas de economia como fonte de Direito Internacional Económico⁷⁹¹.

Não obstante, estas normas ou pressupostos da Constituição soviética, tornaram-se a fonte de Direito Internacional Económico dos países socialistas ou dos governos cuja ideologia assentavam no ideal comunista, de então⁷⁹².

⁷⁹⁰ Cfr., artigo 4.º da Constituição Soviética, de 5 de Dezembro de 1936.

⁷⁹¹ Vide, o comentário ou pretextos da AeMO (Associação dos Espoliados de Moçambique): “... Mas, é claro, eu compreendo-os muito bem: é preciso seguir à risca os mandamentos do marxismo soviético, porventura do maoísmo, é preciso satisfazer o preceituado, o mandato dos seus senhores e patrões, já que deles vem todo o apoio em armas, dinheiro e equipamentos para os mais diversos fins. Além do apoio socialista internacional”. In <http://www.macua.org/livros/Ospretextos.htm>, acedido em 24 de Novembro de 2013.

⁷⁹² O artigo 4º da Constituição Soviética de 1936 dispõe o seguinte: “A base económica da URSS consiste no sistema económico e na posse socialista dos utensílios e meios de produção, firmemente estabelecidos em substituição do sistema económico capitalista, com abolição da propriedade privada dos utensílios e meios de produção e com a eliminação da exploração do homem pelo homem”. Os artigos 4º e o 5º da Constituição da URSS de 1936 serviram de fonte para as seguintes disposições: n.º1 e 3 do artigo 1º e n.º1 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro – legislação moçambicana; n.º1 do artigo 14º e o artigo 16º da então Constituição da RDA

A Constituição Soviética (Estalinista) de 1936 surge como fonte pós-estatal para as disposições económicas contidas na Constituição da RDA de 1968 e no Decreto-Lei n.º 660/74 de 25 de Novembro – legislação portuguesa – e Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro – legislação moçambicana.

De acordo com o artigo 4º da Constituição Soviética (Estalinista) de 1938, quando dispõe que a base económica da URSS consiste na posse dos utensílios e meios de produção e em substituição do sistema económico capitalista e da abolição da propriedade privada, estabelece a plataforma da filosofia económica socialista.

Esta filosofia veio a ser adoptada pelo legislador alemão no n.º 1 do artigo 14º da Constituição de 1968 dispondo que a economia privada não é permitida por razões do poder económico.

O legislador português partindo do mesmo pressuposto filosófico estabelece através do n.º 1, do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 660/74 de 25 de Novembro que *“as empresas privadas, individuais ou colectivas, que não funcionem em termos de contribuir normalmente para o desenvolvimento económico... poderão ser assistidas pelo Estado... caso necessário, sujeitos a intervenção directa daquele na sua gestão”*. Esta mesma redacção foi usada pelo legislador moçambicano para compor o n.º 1, do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro que dispõe: *“Sempre que as empresas, singulares ou colectivas, não funcionem em termos de contribuir, normalmente, para o desenvolvimento económico de Moçambique e para a satisfação dos interesses colectivos, ficarão sujeitos a intervenção...”*.

Um dos principais objectivos plasmados na 1ª Constituição de Moçambique independente é *“a eliminação das estruturas de opressão coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente”*⁷⁹³.

Todavia, depois da independência, o Estado constatando que o povo moçambicano, apesar da conquista da sua independência política, continuava a ser

de 1968 e ; n.º1 e 2 do artigo 1º, n.º1 do artigo 2º, n.º1 e 2 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 660/74 de 25 de Novembro – legislação portuguesa (Revogado pelo artigo 10º do Decreto-Lei n.º 422/76, de 29 de Maio)

⁷⁹³ Cfr., artigo 4º da CRPM de 1975.

discriminado, humilhado e explorado pelos mesmos colonos e imperialistas contra os quais lutou e conquistou a independência.

Para a liquidação do sistema de exploração do homem pelo homem urgiu entregar o poder aos operários e camponeses – ao povo. Estando o poder económico - dos meios de produção - nas mãos dos privados (capitalistas e imperialistas), a sua conquista teve que passar pelo processo de intervenção e nacionalizações.

Não obstante, este processo já tinha sido iniciado no Governo de Transição, através do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, aquando do êxodo de alguns proprietários e gestores, logo depois do Acordo de Lusaka.

No dia 24 de Julho de 1975 o Governo avançou com a nacionalização de sectores estratégicos, tais como a Saúde (Decreto-Lei n.º 5/75, de 19 de Agosto), Educação (Decreto-Lei n.º 12/75, de 6 de Setembro) e a Justiça – (Decreto-Lei 4/75, de 16 de Agosto).

Consequentemente, como corolário, para dar a dignidade ou seja para restituir ao povo moçambicano os direitos que lhe tinham sido negados pelo colonialismo, através do Decreto-Lei n.º 5/76, de 5 de Fevereiro, nacionaliza as casas arrendadas e cria a Administração do Parque Imobiliário do Estado (APIE).

A APIE, para o efeito preconizado, redistribui ao povo o imobiliário, colocando o fim das contradições, injustiças, divisões e preconceitos da sociedade colonial baseada no racismo⁷⁹⁴ e no capitalismo.

Quanto a Saúde, o Decreto-Lei n.º 5/75, de 19 de Agosto, foi justificado ao abrigo das orientações do Chefe do Estado aquando do seu discurso no dia 24 de Julho de 1975, sobre a prática da medicina privada quando este a considerou “*um meio de exploração que utiliza a doença como método de enriquecimento*”.

Assim, o Decreto justifica na sua introdução reiterando que as nacionalizações das clínicas privadas visam colocar “*todos os recursos médicos e sanitários ao serviço dos*

⁷⁹⁴ A população vivia dividida segundo a raça, cor da pele e classe social.

cidadãos indiscriminadamente, dando assim execução ao estabelecido no artigo 16º da Constituição da República de Moçambique”⁷⁹⁵.

Quanto à Educação, o Decreto-Lei n.º 12/75, de 6 de Setembro, veio formalizar ou legalizar a experiência e prática desenvolvida ao longo da luta armada contra o colonialismo – “*fazer da educação uma batalha para o povo tomar poder*”.

Os dirigentes do movimento de libertação tinham sempre na sua agenda o pressuposto de que a primeira “*luta e libertação*” é contra a ignorância e obscurantismo. Esta filosofia política da Frelimo ficou depois plasmada na 1ª Constituição da República de Moçambique que dispõe no seu artigo 15º o seguinte: “*A Republica Popular de Moçambique realiza um combate enérgico contra o analfabetismo e obscurantismo, e promove o desenvolvimento da cultura e personalidade nacionais...*”.

Daí que, nas zonas libertadas, uma das principais actividades era o ensino e a educação. O Decreto-Lei n.º 12/75, de 6 de Setembro, foi justificado ao abrigo das orientações do Chefe do Estado aquando do seu discurso no dia 24 de Julho de 1975, e como orientação política do Partido Frelimo no cumprimento das palavras de ordem de nacionalização e estatização do ensino particular⁷⁹⁶.

Quanto à justiça, o Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto, no cumprimento das mesmas ordens do Presidente da República, fazendo jus à estratégia política da construção de uma nova sociedade, onde o poder reside nos operários e camponeses, livre da exploração do homem pelo homem e do preconizado pela Constituição da República Popular de Moçambique de 1975, que dispõe no seu artigo 35º que “*o Estado garante aos arguidos o direito a defesa*” decreta a proibição do exercício da advocacia privada.

Esta medida de proibição e encerramento dos escritórios dos advogados cai dentro da política das nacionalizações por contrariar a dinâmica da revolução socialista dada a

⁷⁹⁵ Cfr., § 2, da Introdução do Decreto-Lei n.º 5/75, de 19 de Agosto. O artigo 16º da Constituição da República Popular de Moçambique dispõe: “*A República Popular de Moçambique organiza um sistema de saúde que beneficia todo o povo moçambicano*”.

⁷⁹⁶ Cfr., Introdução do Decreto-Lei n.º 12/75, de 6 de Setembro – Que proíbe a título privado do exercício da actividade do ensino em Moçambique, que são exclusivo do Estado.

incompatibilidade do exercício da advocacia privada com a justiça ao serviço das largas massas do povo moçambicano⁷⁹⁷.

O espírito e a dinâmica das nacionalizações na Republica Popular de Moçambique, de então, respondiam cabalmente as imposições do sistema e da ideologia marxista-leninista “...à supressão do poder das mãos dos proprietários e capitalistas e à conquista do poder pelo proletariado”⁷⁹⁸.

Este exercício constituía um pré-requisito para a edificação de uma nova sociedade e economia cuja fonte de Direito Internacional era a Constituição Soviética e das Repúblicas Socialistas, de então.

Compulsando algumas Constituições das Repúblicas Socialistas de então, por exemplo, a Constituição da RDA (1949 revista em 1968) constata-se haver disposições similares quanto as intervenções e nacionalizações, partindo do mesmo pressuposto, a saber: as empresas privadas de utilidade pública e ou susceptíveis de ser socializadas deviam ser expropriadas e transferidas para o Estado⁷⁹⁹.

Não obstante, o legislador através do Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto, intervenção e nacionalizações no sector da justiça, do Decreto-Lei n.º 5/75, de 19 de Agosto, intervenção e nacionalizações do sector da Saúde, do Decreto-Lei n.º 12/75, de 6 de Setembro, intervenção e nacionalizações no sector da Educação, do Decreto-Lei n.º 5/76, de 5 de Fevereiro, intervenção e nacionalizações no sector imobiliário e infraestruturas, veio a materializar os imperativos das políticas económicas socialistas.

Estes dispositivos legais estabelecem os meios e mecanismos de expropriação e nacionalização com vista a eliminar a discriminação e exploração capitalista, estabelecendo assim a dignidade e liberdade do povo moçambicano⁸⁰⁰.

Com estes dispositivos, o legislador vai criar o Serviço Nacional de Consulta e Assistência Jurídica, o Serviço Nacional de Saúde, o Serviço Nacional de Educação, estes

⁷⁹⁷ Cfr., Introdução do Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto.

⁷⁹⁸ Cfr., artigo 2º da Constituição Soviética (Estalinista) de 1936.

⁷⁹⁹ O artigo 5º da Constituição Soviética de 1936 foi a fonte de direito dos seguintes instrumentos: n.3, artigo 2º, da Constituição da RDA de 1968 e n.1º, artigo 27º da Constituição da RDA de 1949; artigo o 1º do Decreto-Lei n.º 5/75, de 19 de Agosto; §5, da Introdução, artigos 2º e 4º, n.º1e 2 do artigo 6º e n.º1 do artigo 12º, ambos do Decreto-Lei n.º 5/76, de 5 de Fevereiro

⁸⁰⁰ Cfr., §5, da Introdução do Decreto-Lei n.º 5/76, de 5 de Fevereiro.

inteiramente gratuitos ao cidadão, assim como o Parque Imobiliário do Estado cuja ocupação e o usufruto deste para os cidadãos nacionais era gratuito ou com rendas simbólicas ou gratificadas.

8.2.1.3. A legislação sobre intervenções e nacionalizações no sector financeiro, económico e empresarial

A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 reflecte o sistema e o modelo dos países socialistas, cujo objectivo no âmbito económico é a “*edificação de uma economia independente*”, livre de exploração do homem pelo homem⁸⁰¹.

Para alcançar estes objectivos e garantir “*o aproveitamento correcto das riquezas do País e a sua utilização em benefício do povo moçambicano*”⁸⁰², o Estado desempenha um papel fundamental que consiste na promoção e planificação da economia.

Para que isso aconteça, o Estado deve ter nas suas mãos o poderio económico ou seja a propriedade dos meios de produção.

O Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, aprovado em pleno Governo de Transição, legitimou e impulsionou o processo de apropriação, sobre diversas formas, pelo Estado, de várias empresas até então pertencentes a privados.

Uma vez que a economia ou propriedade económica está nas mãos do Estado, sendo o Estado o povo, alcança-se ou estabelece-se o pressuposto básico da economia socialista de desenvolvimento.

Portanto, não seria surpresa e não se podia esperar outra realidade quando a Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 estabelece e protege a propriedade do Estado e, define “*o sector económico do Estado o elemento dirigente e impulsionador da economia nacional*”⁸⁰³.

⁸⁰¹ Vide, os objectivos da República Popular de Moçambique, dispostos no artigo 4º da CRPM, de 1975.

⁸⁰² Cfr., artigo 9º da CRPM de 25 de Junho de 1975.

⁸⁰³ Cfr., artigo 10º da CRPM de 25 de Junho de 1975.

As intervenções e nacionalizações ocorridas depois da independência de Moçambique no sector financeiro, económico e empresarial não foram só motivadas pela descolonização e pela vaga de abandono do país por colonos e proprietários de empresas⁸⁰⁴ e, nem somente como uma medida que visava uma maior intervenção do Estado na dinamização da actividade económica ou impedir que essa actividade fosse deliberadamente prejudicada mas e, sobretudo, visava responder a um princípio político de um regime económico emanado do socialismo e da base económica da URSS.

Os vários decretos aprovados no sector financeiro, económico e empresarial, no tocante às intervenções e privatizações, tiveram como fonte de direito pós-estatal o artigo 4º e 5º da Constituição Soviética (Estalinista) de 5 de Dezembro de 1936 e n.º 1, do artigo 12 da Constituição da RDA de 1968.

Esta sujeição normativa ou de fonte de direito internacional socialista, por parte do Estado moçambicano, justifica-se no âmbito da sua adopção como modelo de desenvolvimento social e económico do sistema económico socialista.

A legislação sobre as intervenções e nacionalizações no ordenamento jurídico moçambicano foi impulsionada pelas decisões havidas no III Congresso da FRELIMO, quando este definiu como objectivo principal a edificação da base material e ideológica para a passagem para o socialismo.

A edificação desta base passaria por adoptar o modelo económico e de organização empresarial socialista. Daí que a linha política e económica que devia nortear toda a actividade de reforma económica devia seguir os trilhos do sistema económico socialista, dentro de um modelo de planificação nacional centralizada e obedecendo os princípios empresariais do centralismo democrático.

Esta realidade só seria possível através da posse dos meios de produção e da imposição de uma disciplina rigorosa na actividade privada.

⁸⁰⁴ “Sempre que as empresas, singulares ou colectivas, não funcionem em termos de contribuir, normalmente, para o desenvolvimento económico de Moçambique e para satisfação dos interesses colectivos, ficarão sujeitas à intervenção do Governo de Transição nos termos estabelecidos no presente diploma” (Cfr., n.º 1, artigo 1º do Decreto-Lei n.º 16/75 de 13 de Fevereiro)

O Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril, vem regulamentar a actividade privada ou melhor, vem transferir para o Estado todas as empresas privadas cuja actividade contrariavam os objectivos preconizados pelo Estado – a edificação da base material e ideológica para a passagem do sistema económico capitalista para o modelo socialista da economia.

Assim, todas as empresas intervencionadas ao abrigo do Decreto-Lei 16/75, de 13 de Fevereiro, geridas por Comissões Administrativas⁸⁰⁵ e principalmente as que “*reuniam melhores condições técnicas e financeiras e com uma dimensão adequada*”⁸⁰⁶ foram transformadas em empresas estatais.

Por outro lado, aquelas empresas que não reuniam os requisitos acima, foram “*reestruturadas de acordo com as suas particularidades, extintas ou integradas em empresas estatais existentes ou a criar*”⁸⁰⁷.

Não obstante, o Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril, ao mesmo tempo que transforma as empresas privadas em empresas estatais, abre a prerrogativa da existência de empresas privadas dentro de uma regulamentação da economia socialista, totalmente dependente do Estado.

As obrigações legais e funcionais sob as quais devem desenvolver-se as actividades das empresas privadas não diferem, na essência, das empresas estatais, na medida que aquelas devem submeter-se aos objectivos e planos económicos fixados pelos órgãos dos Estados⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ As Comissões Administrativas aquando da reestruturação das empresas privadas e a sua transformação em empresas estatais passaram por uma metamorfose que compreende as Células do Partido, grupos dinamizadores, comités de trabalhadores e as próprias ditas Comissões Administrativas nomeadas oficialmente pelo governo ou pelos ministérios de tutela.

⁸⁰⁶ Cfr., n.º 2, artigo 4º, do Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril.

⁸⁰⁷ Cfr., n.º 2, artigo 4º, do Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril.

⁸⁰⁸ “As empresas privadas, para além do estabelecido na lei em vigor ficam obrigadas: a) A apresentar planos anuais que lhes sejam solicitadas pelas estruturas do Ministério de que dependem; b) A submeter-se aos objectivos que lhes forem fixados pelo Plano Económico e pelo órgãos competentes do Estado; c) A adoptar planos e normas contabilísticos que lhes forem fixadas; d) A apresentar aos órgãos competentes do Estado os registos contabilísticos ou outros documentos que lhes forem exigidos, bem como prestar toda a informação relativa a sua actividade; e) A aceitar técnicos indicados pelos órgãos competentes do Estado desde que a importância económica o justifique e de acordo com a necessidades das empresas; f) A realizar para os seus trabalhadores cursos de formação e aperfeiçoamento técnico-científicos, indicados pelos órgãos competentes do Estados; g) A respeitar todas as formas de controlo já estabelecidas ou que venham a ser estabelecidas, em especial as dos trabalhadores, a que serão prestadas, através das estruturas próprias todas as informações a que carecem; h) A efectuar depósitos

Tomando como fonte de Direito Económico Socialista ou da economia da URSS, a Constituição Soviética – Estalinista de 1936 ao dispor que *“além do sistema económico socialista, que é a forma dominante de economia na URSS, a lei permite empresas particulares em pequena escala, sejam de camponeses ou de artesão, contanto que não haja exploração do trabalho de outros”*⁸⁰⁹, permitiram que o legislador moçambicano através do Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril criasse o espaço para as empresas privadas ao mesmo tempo que nacionalizava o sistema de gestão e planificação das mesmas, ao sujeita-las *aos objectivos, planos e normas contabilísticos fixados pelo Plano Económico e pelo órgãos competentes do Estado*⁸¹⁰.

Movido pela dinâmica económica socialista, o legislador moçambicano vai criar os diplomas legais sobre intervenção e nacionalizações no Sector Financeiro, Económico e Empresarial através da fonte de Direito Internacional Socialista, a Constituição Soviética – Estalinista de 1936, precisamente a partir do artigo 4º e o artigo 12º da Constituição da RDA de 1968. Esta última, alista todos os recursos naturais, tecnológicos e de infraestruturas, móveis e imóveis, terrestres aéreos e marinhos como propriedade do Estado.

Não obstante, o uso destes recursos dentro do mais alto espírito socialista constitui o pressuposto do Direito Económico dos Estados socialistas. Foi a partir deste pressuposto que o legislador criou: o Decreto-Lei n.º 3/77, de 13 de Janeiro – actividade seguradora e resseguradora, Lei n.º 5/77, de 31 de Dezembro – nacionalização das instituições bancárias; Decreto-Lei n.º 6/77, de 31 de Dezembro – que extingue as instituições de crédito e cria o Banco Popular de Desenvolvimento; Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril – cria as Empresas Estatais; Decreto n.º 8/78, de 9 de Maio – que extingue as camaras de comércio, associações comerciais, industriais, económicas e

das suas disponibilidades nos Bancos que o Estado determinar, sempre que seja necessário efectuar um controlo especial da sua actividade; i) A dar preferência ao Estado na venda da produção ou meios de produção; j) A comprar ao Estado ou entidade por esta designada as matérias-primas ou produtos acabados ou meios de produção de que carecem”. Cfr., artigo 6º do Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril.

⁸⁰⁹ Cfr., artigo 9º da Constituição da URSS de 1936.

⁸¹⁰ Cfr., artigo 6º do Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril.

empresariais, e; Decreto n.º 9/78, de 9 de Maio – nacionaliza as 1250 casas dos ex-colonatos do Limpopo.

8.2.1.4. A Legislação sobre o Sector Empresarial e Cooperativo

8.2.1.4.1. A Legislação sobre o Sector Empresarial do Estado

A política das intervenções legitimadas pelo Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro e das nacionalizações dos sectores estratégicos iniciadas em 24 de Julho de 1975 fez com que a gestão das instituições e empresas fosse, numa primeira fase, assegurada pelos Comités de trabalhadores (células do Partido ou Grupos Dinamizadores).

Dada a incapacidade de gestão destes Comités, o Governo viu-se obrigado a aglutinar as pequenas empresas do mesmo ramo em Unidades de Direcções e mais tarde em Empresas Estatais.

Esta última forma organizativa foi classificada como forma superior de organização de unidades de produção. O principal objectivo desta dinâmica visava a edificação de um sistema onde a exploração do homem pelo homem fosse extinta para sempre.

A grande batalha revolucionária visava a materialização do poder da aliança operária camponesa a nível político e económico, desta através do controlo de unidades de produção.

Assim, para o efeito, as empresas estatais foram identificadas como elementos principais *“na construção da base material avançada para a edificação de uma nova sociedade e para o desenvolvimento económico planificado e acelerado”*⁸¹¹.

Não obstante, as empresas estatais foram definidas por *“unidades sócio-económicas criadas pelo Estado para exercerem uma actividade de acordo com o plano*

⁸¹¹ Cfr., §2º e 3º da introdução do Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril.

de desenvolvimento nacional, e funcionando sobre a direcção do Estado, com o objectivo de edificar a base material da Democracia Popular”⁸¹².

Esta definição permitiu a criação do “Estatuto-Tipo” ou o estandarte das empresas estatais - ou normas sob as quais as empresas constituídas ou por constituir deviam se reger necessariamente.

O Estatuto-Tipo das empresas estatais surge como resposta ao processo de democratização da sociedade moçambicana⁸¹³, consolidação da base ideológica e da edificação da base material para a construção do socialismo⁸¹⁴. Por outras palavras, o estatuto-tipo reflecte as normas subjacentes a formação da economia socialista.

Estas normas e princípios económicos da organização e administração das empresas estatais são as condições básicas do desenvolvimento económico do sistema socialista e cuja organização e funcionamento devem estar de acordo com a direcção e planificação do Estado⁸¹⁵.

Não obstante, estas normas foram incorporadas nas Constituições dos países socialistas de então, por exemplo, na Constituição da União das Repúblicas Soviéticas (URSS) de 1936, artigos 4º, 5º e 6º; na Constituição da República Democrática Alemã, artigos 25º, 27º e 28º; na Constituição da República Popular da China, artigo 6º; na Constituição da República Popular da Albânia, artigo 7º; na Constituição da República Popular da Polónia, artigos 7º e 8º; na Constituição da República Popular da Bulgária, artigos 6º, 7º e 8º; na Constituição da República Popular da Roménia, artigos 6º e 7º; na Constituição da República da Hungria, artigos 4º, 5º e 6º, na Constituição da República

⁸¹² Cfr., n.º 1, do artigo 1º, do Estatuto-Tipo das Empresas Estatais, anexos ao Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril.

⁸¹³ A democratização da sociedade moçambicana (de operários e camponeses) deve passar necessariamente pela democratização das empresas – base material da democracia popular. Para assegurar este princípio, o Estatuto-Tipo das Empresas Estatais estabelece como órgãos obrigatórios das empresas estatais, para além da Direcção e do Conselho Directivo, a assembleia de trabalhadores. Não obstante, o Conselho de Direcção deve ser composto obrigatoriamente, para além da Direcção e responsáveis pelos sectores da empresa, pelos representantes da organização dos trabalhadores na empresa e os representantes da estrutura da FRELIMO na empresa. Cfr., os artigos 5º e 10º do Estatuto-Tipo das Empresas Estatais, anexos ao Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril.

⁸¹⁴ Cfr., § 11º da introdução do Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril.

⁸¹⁵ Vide, SUPRANOWITZ, Stephan (1960) *The Law of the State-Owned Enterprises in a Socialist State*, Institute of Civil Law of Faculty of Humboldt University of Berlin, Germany, p.1, in <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2905&context=lcp>, Acedido no dia 27 de Dezembro de 2013.

Popular de Moçambique, artigos 8º, 9º, e 10º. Para o efeito, como garantia da efectividade destas normas, o Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril, dispõe na introdução um pressuposto básico e fundamental a ser observado, dentro da empresa, as regras do centralismo democrático⁸¹⁶.

Este imperativo do centralismo democrático é repetido no Estatuto-Tipo quanto ao funcionamento das empresas estatais que dispõe claramente que *“as Empresas estatais no seu funcionamento regem-se pelo princípio do Centralismo Democrático, com subordinação das estruturas inferiores às superiores, e da empresa aos interesses da maioria representada pelo Estado”*⁸¹⁷.

O Estatuto-Tipo ou a lei das empresas estatais constitui um imperativo dos países socialistas, onde *“as empresas estatais são regidas necessariamente por uma lei geral que, uniforme e detalhadamente, regula todos os aspectos da sua organização e funcionamento”*⁸¹⁸.

Este imperativo resulta do próprio sistema económico de planificação centralizada. Embora se estabeleça centralmente a Lei ou Estatuto-Tipo das empresas estatais, a mesma obriga que cada empresa crie o seu próprio estatuto para adequar-se as características e as especificidades de cada empresa ou actividade.

Todavia, esta flexibilidade é aparente porque os estatutos das empresas por criar devem estar de acordo com o Estatuto-Tipo ou Lei geral das empresas estatais.

A evolução e desenvolvimento das empresas estatais regulamentadas através do Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril e do seu Estatuto-Tipo, na fase derradeira da sua implementação, nos dois primeiros anos, enfrentaram alguns constrangimentos quanto à

⁸¹⁶ Cfr., § 8º da introdução do Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril, que dispõe: *“...para o correcto funcionamento da empresa, é fundamental a observância dentro da empresa, das regras do centralismo democrático, nomeadamente: A subordinação da minoria à maioria dos órgãos inferiores aos órgãos superiores, sendo, no caso da empresa, o órgão superior a Direcção; A participação activa dos escalões de base na elaboração e execução das decisões, através da representação dos trabalhadores da empresa em todos os escalões da sua direcção, participação essa que se faz através das estruturas da FRELIMO e da organização dos trabalhadores; A direcção colectiva e responsabilidade individual; A realização das decisões da Direcção por todas as estruturas da empresa”*.

⁸¹⁷ Cfr., n.º1, do artigo 6º, do Estatuto-Tipo das Empresas Estatais, anexo ao Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril.

⁸¹⁸ Cfr., n.º2, da introdução do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril (Revogado pelo Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro).

criação das condições objectivas que pudessem elevar o nível de consciência de classe e do papel dirigente do operariado no desenvolvimento da sociedade.

Na verdade, dado o fraco conhecimento técnico e científico⁸¹⁹ dos dirigentes e do operariado quanto à gestão e organização do sector produtivo e face ao novo modelo de gestão planificada da economia, não se efectivaram os objectivos preconizados para as empresas estatais a saber: a construção da base material, política e ideológica para a edificação da sociedade socialista e para o desenvolvimento económico planificado com vista a satisfazer as necessidades fundamentais do povo”⁸²⁰.

O nível de organização, funcionamento e gestão das empresas estatais estava longe do preconizado e estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 17/77 e o seu Estatuto-Tipo.

Esta realidade ditou a revisão do regime legal aplicável às empresas estatais que levou a adopção da Lei n.º 2/81, de 30 de Setembro – Lei da Organização e Funcionamento das Empresas Estatais – revogando assim, o Estatuto-Tipo das Empresas Estatais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril.

Esta nova Lei reafirma e reforça os princípios e normas quanto a organização, funcionamento e gestão das empresas públicas. Não obstante, esta nova Lei redefine o papel dirigente e do proletariado e coloca em termos claros a responsabilidade de cada parte no processo produtivo.

Esta nova Lei incide na aplicação do centralismo democrático, conjugando a direcção centralizada com a participação activa dos trabalhadores.

Daí que, com esta nova Lei, o Conselho de Direcção que figurava como um dos órgãos da empresa cessa e institucionalizam-se os colectivos de trabalhadores à todos níveis como meio de assegurar a participação dos trabalhadores na direcção da empresa. Estes assumem um papel fulcral na direcção da empresa quer na discussão dos problemas

⁸¹⁹ Neste contexto, identificado o problema, a Lei n.º2/81, de 30 de Setembro, consagra no artigo 2º, a elevação do nível político, técnico, científico e cultural dos trabalhadores: *“As empresas estatais como importante célula da sociedade socialista onde se forja o homem novo, têm particulares responsabilidades... implementar cursos de alfabetização e de formação profissional, incentivar a elevação do nível de escolarização básica e de qualificação profissional dos trabalhadores e promover a melhoria das suas condições de vida e de trabalho”*.

⁸²⁰ Cfr., § 3º da introdução da Lei n.º2/81 de 30 de Setembro.

quer como novo colectivo de direcção para apoio do director geral na tomada de decisões e sua implementação.

Esta nova dinâmica organizativa e funcional visava responder ao princípio internacional socialista do poder directivo nas empresas estatais onde a direcção deve ser organizada de acordo com o interesse das massas trabalhadoras e apoia-se na iniciativa criadora destes⁸²¹.

A Lei n.º 2/81, de 10 de Setembro – Lei das Empresas Estatais, no fundo veio substituir o Estatuto-Tipo das empresas estatais aprovado em conjunto com a Lei n.º 17/77, de 28 de Abril, com a introdução de algumas medidas e estrutura organizativa e funcional destas, no sentido de responder às fragilidades detectadas e adequá-la ao espírito das normas das empresas estatais dos países socialistas.

Esta incide sobre os seguintes elementos:

- i) Conselho directivo que deixa de figurar como órgão da empresa e passa a ser o colectivo de direcção;
- ii) Assembleia de Trabalhadores que deixa igualmente de figurar como órgão da empresa, passando a constituir reuniões de trabalhadores;
- iii) O Director-Geral da empresa tem o dever e obrigação de convocar reuniões frequentes com trabalhadores para proceder a explicação das questões mais importantes da vida da empresa, discuti-los com os trabalhadores, com o objectivo de fazer que os trabalhadores participem na busca de soluções adequadas para os problemas da empresa;
- iv) O Director-Geral para além das actividades acima, este deve orientar e controlar as empresas do sector, incluindo as empresas privadas e mistas, por incumbência do dirigente do órgão central do aparelho do Estado⁸²².

A legislação sobre o Sector Empresarial do Estado foi criada a partir da fonte do Direito Económico Socialista, precisamente da Constituição Soviética (Estalinista) de 1936 e Constituição da República Democrática Alemã de 1949.

⁸²¹ Cfr., § 13º da introdução da Lei n.º 2/81 de 30 de Setembro.

⁸²² Cfr., o § 15º a 21º da introdução da Lei n.º 2/81 de 30 de Setembro.

Por exemplo, constata-se que as disposições constitucionais dispostas na Constituição da República Popular de 1975 sobre o sector económico do Estado, assim como o Decreto-Lei n.º 17/77 de 28 de Abril, o Estatuto-Tipo das Empresas Estatais, a Lei n.º 2/81, de 10 de Setembro, das Empresas Estatais, Lei n.º 2/81 de 30 de Setembro, da Organização e Funcionamento das Empresas Estatais, espelham as disposições constitucionais sobre empresas estatais das Constituições Soviética (Estalinista) de 1936 e Constituição da República Democrática Alemã de 1949⁸²³.

8.2.1.4.2. A Legislação sobre o Sector Cooperativo

As cooperativas são organizações de natureza colectiva que realizam uma actividade sócio-económica sem exploração do homem pelo homem e cujos membros são trabalhadores que, em regime de livre associação, contribuem com bens ou serviços para concretização dos objectivos definidos pela Lei⁸²⁴.

As cooperativas foram classificadas como bases económicas importantes do poder democrático ao lado das empresas estatais que visam consolidar a base ideológica e a edificação da base material para a construção do socialismo⁸²⁵.

O sector cooperativo foi identificado como um instrumento mobilizador de massas para o desenvolvimento da economia nacional e a promoção de um bem-estar material e social do povo.

As cooperativas surgem aquando da luta armada de libertação nacional, nas zonas libertadas e depois nas aldeias comunais. O impacto e poder libertador, mobilizador e conciliador das iniciativas criadoras das massas populares das cooperativas contribuíram

⁸²³ Compulsando sobre as disposições sobre o sector empresarial do estado contidas nas Constituições Soviética (Estalinista) de 1936, Constituição da República Democrática Alemã de 1949, Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 e as Leis e Decretos-Lei sobre a matéria, constata-se as seguintes semelhanças, a saber: Cfr., os artigos 4º, 5º, 6º, 7º e 9º da Constituição da URSS; Cfr., n.º3 do artigo 2, n.º 1 e 2 do artigo 25, n.º 1, 2 e 4 do artigo 27 e o artigo 28 da Constituição da RDA; Cfr., artigos 3, 6, 9, 10, 14 da CRPM; Cfr., §1º, 3º, 8º, 10º, 11º da Introdução e n.º1 do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril; Cfr., artigos 1,3 e 10, n.º 1e 2 do artigo 13 e artigo 14, ambos da Lei n.º 2/81 de 30 de Setembro.

⁸²⁴ Cfr. Artigo 1º da Lei n.º 9/79, de 10 de Julho.

⁸²⁵ Cfr. § 11º da introdução do Decreto-Lei n.º 17/77, de 28 de Abril.

para à elevação da consciência política, social e económica das massas e da classe trabalhadora no geral⁸²⁶.

A pedagogia educativa e o poder mobilizador subjacente nas cooperativas fizeram com que estas fossem consideradas, aquando da revolução política e ideológica socialista, como forjas ou escolas na mudança da mentalidade capitalista e individualista para à construção de um estado socialista.

Daí que, aquando da revolução e edificação da nova sociedade (socialista) os movimentos associativos, ou seja, as associações económicas de defesa dos interesses dos patrões e empresários deixaram de ter razão de ser e não correspondiam mais à realidade da nova organização económica socialista. Estas foram extintas através do Decreto n.º 8/78, de 09 de Maio.

Muito embora se diga que o movimento cooperativo em Moçambique tivesse o seu início e inspiração na experiência organizativa do povo nas zonas libertadas, através das aldeias comunais, na verdade este movimento encontra a sua fonte de Direito na experiência “socialista africana” protagonizada por Julius Nyerere, através das *Ujamaa Villages*⁸²⁷, na República da Tanzânia.

Por outro lado, a Lei sobre as sociedades cooperativas da República Unida da Tanzânia⁸²⁸, n.º 28 de 1968, serviu de base para o lançamento deste movimento cooperativo na experiência moçambicana das aldeias comunais aquando da revolução.

O processo de colectivização da produção processou-se através da formação de Cooperativos e Empresas Estatais, na sua essência criadas à imagem dos *sovkhoz* soviéticos⁸²⁹.

⁸²⁶ Cfr. § 2 da introdução da Lei n.º 9/79, de 10 de Julho.

⁸²⁷ Vide, An Act to provide for the Registration of Villages, the Administration of registered villages and designation of Ujamaa Villages, Enacted by the Parliament of the United Republic of Tanzania, No. 21 of 1975 of 21th August, 1975.

⁸²⁸ Vide, Co-operative Societies Act, 1968, n.º 28 of the United Republic of Tanzania.

⁸²⁹ Fazenda soviética: grande empresa estatal agrícola da URSS, baseada na propriedade estatal da terra e dos meios de produção. Os *sovkhozes* começaram a ser organizados a partir de 1918 e desempenharam um grande papel na transformação socialista da agricultura, servindo de escola de gestão social e da produção agrícola para o campesinato. Em 1977 havia 20.100 *sovkhozes*. Para fortalecer a economia dos *sovkhozes* foi realizado um trabalho baseado na intensificação, especialização e concentração da produção agropecuária e no desenvolvimento da cooperação e integração entre as empresas agro-industriais. Em outros países socialistas foram criadas, por analogia

Por exemplo, o Complexo Agro-indústria do Limpopo resultou da transformação das cooperativas agrícolas em propriedade agrícola estatal CAIL (Complexo Agro-indústria do Limpopo), a EMOCHÁ resultou das cooperativas chazeiras intervencionada, a Caju de Moçambique resultou das cooperativas agrícolas e industriais de processamento do caju, assim como outras empresas estatais nasceram dentro da mesma filosofia ou pressuposto económico e ideológico socialista.

O movimento cooperativo pode tomar várias formas e características. No ordenamento jurídico moçambicano foram consagrados os seguintes tipos de cooperativas: (a) de produção agrícola; (b) de produção pesqueira; (c) operárias de produção industrial; (d) de produção artesanal; (e) de consumo; (f) habitacionais; (h) de prestação de serviços⁸³⁰.

Apesar da diversidade e tipologias das cooperativas a que o Estado deu mais impacto, dada a sua natureza e importância na criação de bases para o desenvolvimento económico, são as cooperativas de consumo, as cooperativas agrárias e as uniões de cooperativas agrárias cujo estatuto-tipo, para aquelas, foi aprovado pelo Decreto n.º 7/82, de 28 de Abril e para estas, pelos Decretos n.º 7/89 e 8/89, ambos de 18 de Maio.

Estes Decretos sobre o Sector Cooperativo tiveram como fonte de Direito Internacional as disposições contidas na Constituição Soviética (Estalinista) de 1936 e na Constituição da República Democrática Alemã de 1949 e 1968⁸³¹

com os *sovkhozes*, empresas públicas baseadas na propriedade estatal dos meios de produção. Vide, Breve Dicionário Político - Editorial Progresso, in, <http://www.marxists.org/portugues/dicionario/verbetes/s/sovkhoz.htm>, acedido no dia 05.01.14.

⁸³⁰ Cfr., artigo 5º da Lei n.º 9/79, de 10 de Julho.

⁸³¹ Eis as disposições da Constituição da URSS de 1936 e da Constituição da RDA de 1949 e 1963 que serviram de fontes a legislação moçambicana sobre o Direito Cooperativo: Cfr., artigos 4º, 5º, 7º e 9º da Constituição da URSS; Cfr., n.º1 e 2 do artigo 25º, n.º 1, 2, 3 e 4 do artigo 27º e o artigo 28 da Constituição da RDA; Cfr., §3 da Introdução, artigo 1º, n.º1 do artigo 11º e n.º 1 e 2 do artigo 21º, ambos da Lei n.º 9/79, de 10 de Julho – Cooperativas.

8.2.2. Encontros e desencontros entre o Direito Interno e o Direito Internacional Económico - na Segunda República

8.2.2.1. As Normas Internacionais das Instituições de BWs e FMI e de Cooperação Bilateral e Multilateral e a Legislação Económica Moçambicana

A insustentabilidade do modelo socialista levou o Governo a identificar novas estratégias económicas e de desenvolvimento que rapidamente pudessem salvar a economia e o povo.

Como já pudemos caracterizar na primeira parte do trabalho sobre as causas de ruptura do Estado moçambicano com as ideologias marxistas-leninistas, nesta viragem o Estado através do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro, adopta os Acordos relativos ao Fundo Monetário Internacional, ao Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento e a Associação Internacional de Desenvolvimento (IBWs).

Moçambique para responder às exigências de aceitação como membro nas IBWs toma as medidas preconizadas nos acordos e harmoniza o seu ordenamento interno em função daquelas⁸³².

Esta adesão do Governo de Moçambique foi acompanhada de declaração de adopção de medidas necessárias e previstas nos acordos para garantir o cumprimento das obrigações impostas aos membros participantes do Departamento dos Direitos de Saques Especiais.

Por outro lado, a adesão e a efectividade do Estado Moçambicano como legítimo membro das instituições de BWs e FMI é precedida pela incorporação no ordenamento jurídico moçambicano das disposições ou normas condicionantes à sua aceitabilidade

⁸³² Cfr., artigo 2º, do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro, que dispõem: “...o país assume as correspondentes obrigações e que de harmonia com as suas Leis, tomou as medidas necessárias a garantir o cumprimento das obrigações impostas aos participantes do mencionado Departamento”. De entre outras exigências, pode-se destacar, a emissão dos títulos não negociáveis e isentos de juros. Vide o artigo 3º, do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro.

relativas ao acordo do FMI e Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento⁸³³.

Na essência, o Estado moçambicano, para que pudesse ser elegível para membro das IBWs e FMI e beneficiar dos créditos e ajuda humanitária (donativos), o legislador moçambicano viu-se obrigado a incorporar na sua legislação financeira dispositivos ou normas pós-estatais, a saber: “- O primeiro período do artigo VIII, Secção 2 (b); as secções 2 a 9, inclusive, do artigo IX; e a alínea b) do artigo XXI, todas do acordo relativo ao Fundo; - As Secções 2 a 9, inclusive, do artigo VII do acordo relativo ao Banco; - As Secções 2 a 9, inclusive, do artigo VI do Acordo relativo à Sociedade; - As Secções 2 a 9, inclusive, do artigo VIII do acordo relativo a Associação”⁸³⁴.

Em Janeiro de 1987, o Governo lança o Programa de Reabilitação Económica (PRE), apoiado pelas IBWs, para se erguer e permitir uma transição da economia centralizada para a economia de mercado.

Dentro deste espírito as IBWs desenharam um programa de ajustamento estrutural que dispunha de, entre outras, estratégias ou medidas de liberalização dos preços, de redução do défice orçamental, de privatização das empresas estatais, de contracção monetária e da elevação das taxas de juros e corte drástica das despesas publicas⁸³⁵ e sociais.

Dentro deste imperativo ditado pelas IBWS o Governo lançou uma série de medidas legais e institucionais para reformar o seu ordenamento interno e ajusta-lo ao modelo neoliberal e de economia do mercado.

Para o efeito, o Governo tinha como fonte de Direito Internacional os acordos das IBWs, Networks, organizações económicas internacionais e as convenções das instituições transnacionais e dos actores internacionais privados.

Estes programas não constituem uma inovação do FMI e Banco Mundial para o resgate da economia moçambicana. Os Programas de Reabilitação Económica

⁸³³ Cfr., n.º1, do artigo 7º do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro.

⁸³⁴ Cfr., n.º1, do artigo 7º do Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro.

⁸³⁵ TRINDADE, João Carlos, 2012, Ruptura e Continuidades nos Processos Políticos e Jurídicos, op. cit., p.

implementados em Moçambique são similares aos praticados noutros países sob alçada das mesmas instituições⁸³⁶.

Portanto, o Estado moçambicano colocou-se *a priori* à predisposição de acolher as normas do Banco Mundial e do FMI como fonte de Direito Internacional para a criação da legislação que pudesse fazer face a nova realidade económica e a garantia jurídica indispensável para todos os actores nacionais e estrangeiros envolvidos nos Programas de Reabilitação Económica.

Não obstante, a Constituição Moçambicana de 1990 que marca a viragem da transição do modelo político-económico socialista para o neoliberal, estabelecia os princípios fundamentais da nova organização económica e social da República de Moçambique.

Estes princípios consistiam na valorização do trabalho, nas forças de mercado, dos agentes económicos, e na coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção, a saber, o sector público, privado e cooperativo e, na acção do Estado como regulador e promotor do crescimento e desenvolvimento económico e social⁸³⁷

8.2.2.2. A Legislação sobre Alienações e Privatizações

O Programa de Reabilitação Económica e Social identificou como uma das acções e medidas urgentes e imediatas para a transição para a economia do mercado, a reestruturação empresarial moçambicana.

Este processo de reestruturação, no contexto da realidade moçambicana, implicava a alienação e privatização das empresas outrora intervencionadas e nacionalizadas e nas mãos do Estado, através do revolucionário Decreto-lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro.

Para o efeito, em resposta a este imperativo económico e estrutural, o Conselho de Ministros aprovou através do Decreto n.º 21/89, de 23 de Maio, o Regulamento de

⁸³⁶ “O PRE e PRES é um programa de estabilização e ajustamento estrutural, idêntico aos que tinham sido implementados, a partir do final da década de 70, em maioria dos países da África subsaariana”. (Vide FRANCISCO, António da Silva, 2012, Reestruturação Económica e Desenvolvimento, op. cit., p. 164)

⁸³⁷ Cfr., artigos 97º e 99º da Constituição da República de Moçambique de 1990.

alienação a título oneroso de empresas, estabelecimentos, instalações, quotas e outras formas de participação financeira da propriedade do Estado.

Não obstante, o n.º 1 do artigo 5º do mesmo Decreto dispõe o seguinte: “*A alienação de que trata o presente Regulamento será feita por meio de propostas em carta fechada*” ou seja via concurso público.

Este mecanismo de alienação sugerido pelo programa ou seja pelo Banco Mundial foi plasmado na legislação moçambicana, embora no n.º 2 do artigo 5º do mesmo Decreto abrisse a possibilidade de regimes excepcionais para certas alienações em relação aos quais poderão ser utilizadas modalidades diferentes das que estavam previstas, criou uma inércia no processo de alienações e consequentemente no programa de reabilitação económica.

O Banco Mundial face a inércia⁸³⁸ registada nos primeiros anos de implementação deste Decreto, chegou mesmo a ameaçar o executivo moçambicano com medidas que passariam pelo cancelamento da ajuda humanitária e a não libertação de fundos para os programas de reabilitação económica, ora em curso.

Muito embora o n.º 2 do artigo 5º do mesmo Decreto tivesse estabelecido a possibilidade de regimes excepcionais, este não indicava as modalidades, as condições, os critérios e procedimentos relativos a sua escolha e aplicação pelos potenciais candidatos a aquisição das empresas.

Por um lado, os potenciais candidatos nacionais para a aquisição das empresas de acordo com esta modalidade - via concurso público - não estavam em condições objectivas para se fazerem ao concurso por estarem desprovidos do capital.

Por outro lado, assim decretado, os cidadãos em geral e os trabalhadores em particular ficariam à partida excluídos por não reunirem requisitos à titularidade de participações sociais nas empresas.

O legislador, face a estes constrangimentos, viu-se na contingência de adoptar um quadro jurídico mais amplo que orientasse o executivo na condução do processo de

⁸³⁸ Lentidão no processo de privatizações que comprometiam às metas previstas do programa de reestruturação empresarial moçambicana.

estruturação do sector empresarial do Estado e respondesse à dinâmica e os prazos impostos pelo Banco Mundial.

Para o efeito, o legislador cria a lei n.º 15/91, de 3 de Agosto, que estabelece normas sobre a reestruturação, transformação e redimensionamento do sector empresarial do Estado, incluindo a privatização e a alienação a título oneroso de empresas, estabelecimentos, instalações e participações sociais de propriedade do Estado.

Os objectivos, modalidade e metodologia da reestruturação empresarial sob a égide das Instituições do Bretton Woods que se encontram dispostos na legislação moçambicana, mais não são senão aquelas que encontramos nos outros países que viveram a mesma experiência da estruturação.

Caso para concluir que estas normas tiveram como fonte de Direito as normas internacionais, ou seja, precisamente, a regra 8ª do Consenso de Washington, inspirados nos dez princípios, contidos no texto do economista John Williamson⁸³⁹.

Na análise comparativa de algumas legislações dos países membros do IBWs que beneficiaram da estruturação económica empresarial constata-se uma semelhança normativa, por exemplo e título ilustrativo pode-se indicar: Moçambique - artigo 6º e 8º do Capítulo II da lei n.º 15/91, de 3 de Agosto; Angola – artigo 2º da Lei n.º 10/94, de 31 de Agosto, Lei das Privatizações; Portugal – artigo 3º da Lei n.º 11/90 de 5 de Abril, Lei-Quadro das Privatizações; Uganda - n.º 2 of Parte 1, Preliminar of Act 1993, de 8 de Outubro de 1993, *Enterprises Reform and Divestiture*; Argentina - 24.2.2., La ley 23.696 de *Reforma del Estado y Reestructuracion de Empresas Publicas*⁸⁴⁰.

8.2.2.3. Legislação sobre o Sistema Financeiro

O Programa de Ajustamento Estrutural, de Desregulação e de Liberalização da Economia, determinados pela conferência das agências multilaterais, Consenso de

⁸³⁹ John Williamson foi o celebre economista do International Institute for Economy.

⁸⁴⁰ Vide, ZELER, Norberto, (Coordenador), Resena del Proceso del Estado em la Argentina (1989 – 1996), Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Dirección Nacional del Estudios e Documentacion e Investigaciones in Desarrollo Institucional y Reforma del Estado, Documento n.º 58, Serie I, p.18 e ss.

Washington, ditou como uma das estratégias ou medidas para a economia moçambicana à reforma do sistema financeiro nacional⁸⁴¹.

Estas reformas no sector financeiro visavam como nos outros sectores vitais o alinhamento de políticas neoliberais da economia de mercado.

Como ponto de partida visavam a liberalização do mercado de câmbio e o fluxo internacional de divisas, com o intuito de estabilizar o sector bancário para maior confiança dos investidores e melhorar o ambiente de negócio.

O primeiro constrangimento identificado pelas instituições de apoio as reformas financeiras prendia-se com os empréstimos políticos.

O Governo de Moçambique, dentro do programa de ajustamento estrutural no sector financeiro, com o apoio e colaboração das instituições de BWs, do Banco de Desenvolvimento Africano, Departamento para o Desenvolvimento Internacional, Associação Sueca para o Desenvolvimento Internacional, Cooperação Técnica Alemã (DTZ) e Fundo Alemão para a Reconstrução (KFW) e da sociedade civil, iniciou em 2005 reformas no sector financeiro suportados pelo Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP).

As referidas reformas consistiram: “ (i) *na alteração e/ou adopção de novas leis e regulamentos no quadro regulatório do sistema financeiro*; (ii), *criação de novos mecanismos institucionais para supervisão bancária e resolução de litígios comerciais*; (iii) *na introdução das Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRF)*; (iv) *na criação do Gabinete de Informação Financeira de Moçambique (GIFiM)*; (v) *introdução do subsistema de transferência electrónica de fundos*; (vi) *no aumento da transparência no reporte financeiro e no uso de instrumentos de mercado na implementação da política monetária e cambial*”⁸⁴²; e Estratégia do Desenvolvimento financeiro (2012 – 2022).

⁸⁴¹ O sector financeiro em Moçambique compreende tanto as instituições regulamentadas como as não regulamentadas. As instituições regulamentadas incluem os bancos comerciais e as instituições financeiras não bancárias tais como as companhias de seguro, companhias de “*leasing*” e as companhias financeiras. As instituições não regulamentadas incluem uma série de instituições de micro finanças, incluindo o grupo de ajuda mútua, bancos comunitários e associações de crédito.

⁸⁴² Vide, o Documento sobre a Estratégia de Desenvolvimento do Sector Financeiro 2012-2022.

As reformas dentro do Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP) tiveram como fonte de Direito Internacional as normas e políticas económicas do Banco Mundial, nomeadamente, o Programa de Avaliação do Sector Financeiro (FSAP)⁸⁴³, concluídos pelo Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (reformulado em 2009) e do Memorando Económico do Banco Mundial (2009).

No âmbito do desenvolvimento do sector financeiro e dentro da FSAP, o Banco de Moçambique através das matrizes de avaliação de riscos instituídos pelo FMI desenvolvidas a partir das lições tiradas da Crise Financeira Mundial em Setembro de 2009 (fontes de risco, gestão das crises, mecanismos de apoio a liquidez e o contágio internacional) criou e adoptou:

- i) Plano de Contingência e Assistência de Liquidez de Emergência para o sector financeiro doméstico⁸⁴⁴;
- ii) Quadro de supervisão baseada em riscos para mitigação e prevenção sistémicas de riscos⁸⁴⁵;
- iii) A revisão do regulamento sobre os limites de concentração, com o intuito de fortalecer a vigilância;
- iv) As directrizes de gestão de risco e directrizes de âmbito jurídico e analítico;
- v) por último, o Banco adoptou o Acordo de Basileia II, em Janeiro de 2014.

A dinâmica das reformas do sector financeiro ditou a descentralização e separação das funções do Banco de Moçambique, no exercício das suas funções como Banco Central e Banco Comercial. Este desmembramento levou a criação de duas instituições, o

⁸⁴³ Vide, *International Monetary Found, Factsheet – Programa de Avaliação do Sector Financeiro (FSAP)* Departamento de Relações Externas, Washington, in <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/fsap/htm>

⁸⁴⁴ O Banco de Moçambique tem vindo a reforçar a supervisão e controlo bancário com o intuito de mitigar e prevenir riscos sistémicos provenientes da crise financeira mundial.

⁸⁴⁵ Para a mitigação e prevenção sistémicas de riscos, o Banco de Moçambique já colocou uma amostra de dados das instituições de crédito para a realização dos primeiros testes de *stress* por uma equipa de supervisão trimestral que inclui a apresentação de relatórios com resultados sobre testes de *stress*. Em 2012 o Banco de Moçambique, com a assessoria do Fundo Monetário Internacional, efectuou uma avaliação de resiliência dos bancos perante choque e testes de esforço de liquidez (Vide o Relatório Anual do Banco de Moçambique de 2012, p. 125, in www.banco.moc.mz, acedido no dia 14 de Fevereiro de 2014. Por outro lado, o Banco de Moçambique adoptou o Quadro de supervisão baseado em riscos no dia 14 de Março de 2013. (Vide, in Jornal Verdade, de 17 de Julho de 2013)

Banco Central, através da Lei 1/92, de 3 de Janeiro e o Banco Comercial, através do Decreto n.º 3/92, de 25 de Fevereiro.

O Banco de Moçambique através desta reforma passou a desempenhar duas principais funções: Banqueiro do Estado; Conselheiro do governo no domínio financeiro; Orientador e controlador da política monetária e cambial; Gestor das disponibilidades externas do País; Intermediário das relações monetárias internacionais; Supervisão das instituições financeiras⁸⁴⁶.

Com estas funções descritas, o Banco de Moçambique passou a desempenhar as funções de supervisor, orientador e controlador, com o intuito de assegurar a estabilidade de preços, promoção e expansão dos serviços financeiros para que seja atractivo e competitivo.

Esta descentralização do poder responde aos imperativos das políticas neoliberais da economia de mercado.

No âmbito do Programa de Avaliação do Sector Financeiro (FSAP), em resposta aos requisitos básicos de avaliação na componente estabilidade e desenvolvimento, assim como das novas características que o FMI e o Banco Mundial adoptou para responder a crise de Setembro de 2009, levou a que o sector financeiro continuasse a reformar o pacote legislativo bancário para conformá-lo às normas internacionais aceites e aos acordos ou tratados de que é membro.

Portanto, elucidar estas reformas através de alguns extractos retirados do pacote legislativo bancário que apresentamos em seguida:

a) Legislação Bancária - Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto - Lei de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e as Recomendações do GAFI – OCDE/GAFI

O legislador moçambicano em 2002 aprovou a Lei n.º 7/2002, de 5 de Fevereiro e em 2004 o seu Regulamento, através do Decreto n.º 37/2004, de 8 de Setembro, tendo,

⁸⁴⁶ Cfr., n.º 2, do artigo 3º, da Lei 1/92, de 3 de Janeiro.

assim, estabelecido o regime jurídico de prevenção e repressão da utilização do sistema financeiro para a prática de actos de branqueamento de capitais.

Não obstante, a comunidade internacional para lidar com a crise de Setembro de 2009, reformulou e reforçou os instrumentos de prevenção e repressão contra este ilícito penal internacional.

Este novo posicionamento normativo internacional fez com que o legislador moçambicano aprovasse uma nova lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

Esta nova Lei vem revogar a Lei n.º 7/2002 com a justificativa de “*adequar o seu conteúdo aos padrões normativos internacionais de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo*”⁸⁴⁷.

No estudo comparativo entre as duas leis constata-se que a Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto é na sua essência a Lei n.º 7/2002 (revogada) reformulada e com uma nova componente sobre a prevenção e combate ao financiamento do terrorismo.

Esta nova componente mais não é senão a incorporação de dispositivos dos Tratados internacionais sobre a prevenção e o combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e *The International Monetary Found Staffs' National Money Laundering (ML) or Financing of terrorism (FT) Risk Assessment*.

O Governo Moçambicano ao criar o pacote legislativo sobre o regime jurídico de prevenção e repressão da utilização do sistema financeiro para a prática de actos de branqueamento de capitais, viu-se na obrigação de estabelecer as estruturas para o suporte e implementação dos instrumentos internacionais imanados pelas normas internacionais.

Para o efeito, através da Lei n.º 3/2007, de 13 de Março, estabelece o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo dos estupefacientes e substâncias psicotrópicas, precursores preparados e outras substâncias de efeitos similares.

⁸⁴⁷ Cfr., o § introdutório da Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

Consequentemente, para materializar estes objectivos cria o Gabinete de Informação Financeira de Moçambique (GIFiM) através da Lei n.º 14/2007, de 14 de Junho.

O GIFiM tem como funções *“recolher, centralizar, analisar e difundir às entidades competentes as informações respeitantes às operações económico-financeiras susceptíveis de consubstanciar actos de branqueamentos de capitais e outros crimes conexos”*⁸⁴⁸. O Conselho de Ministros cria o Grupo Técnico Multisectorial (GTM)⁸⁴⁹ para a prevenção e combate ao branqueamento de capitais em 2011, reforçando assim a capacidade de acção e intervenção contra o crime.

O Estado Moçambicano beneficiário dos fundos do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, viu-se na contingência de introduzir no seu Direito Interno as recomendações do GAFI, respondendo assim o imperativo daquelas Instituições que ironicamente são também avaliadoras das medidas previstas pelos padrões do Grupo de Acção Financeira (GAFI)⁸⁵⁰, quanto ao combate ao branqueamento de capitais, financiamento do terrorismo e outros crimes conexos, assim como contra a proliferação de armas de destruição maciça.

Com a adopção destas medidas e padrões do GAFI prevê-se que o sistema financeiro moçambicano em construção fique protegido de ameaças e vulnerabilidades emergentes desses crimes internacionais e ascenda aos padrões internacionais.

Não obstante, Moçambique adoptou os seguintes instrumentos internacionais: Academia Internacional Anti-corrupção, Viena 23 de Dezembro de 2010, ratificada pela

⁸⁴⁸ Cfr., n.º 1, do artigo 2º, da Lei n.º 14/2007, de 14 de Junho.

⁸⁴⁹ O Grupo Técnico Multisectorial (GTM) tem como função assessorar o Governo e as Entidades de Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro Nacional na implementação da Lei de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e dos padrões normativos internacionais. Integram o GTM representantes das instituições públicas, nomeadamente: Ministérios das Finanças, dos Negócios Estrangeiros e Cooperação (MINEC), do Interior (MINT), da Justiça (MJ), Procuradoria-geral da República (PGR), Banco de Moçambique (BM) e Gabinete de Informação Financeira de Moçambique (GIFiM).

⁸⁵⁰ O Grupo de Acção Financeira (GAFI) é *“um organismo intergovernamental estabelecido em 1989 pelos ministros das jurisdições e países membros. O mandato do GAFI consiste em estabelecer normas e promover a implementação efectiva de medidas legais, regulamentares e operacionais de combate ao branqueamento de capitais, ao financiamento do terrorismo, ao financiamento da proliferação, bem como a outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional”*. Vide, GAFI, Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação – As Recomendações de GAFI – OCDE/GAFI, Fevereiro de 2012.

Resolução n.º 64/2013 de 29 de Dezembro; Convenção da União Africana sobre prevenção e combate a corrupção, ratificada pela Resolução n.º30/2008, de 2 de Agosto; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pela Resolução n.º 31/2006 de 29 de Dezembro; Protocolo da SADC contra a Corrupção, ratificada pela Resolução n.º 33/2004.

No encontro entre o Direito Interno com o Direito Internacional quanto às matérias de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, o legislador moçambicano não se fez esperar tomando como fonte de Direito Internacional as quarenta recomendações do GAFI – OCDE/GAFI.

A Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto - Lei de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo transpõe as medidas e padrões do GAFI.

Da análise comparativa feita entre estes dois instrumentos, constata-se, por exemplo, o seguinte:

- Quanto à recomendação ou padrão n.º 1 do GAFI - Avaliação dos riscos e utilização de uma abordagem baseada nos riscos - o legislador moçambicano através do Aviso n.º 4/GBM/ de 12 de Maio de 2013, estabeleceu Directrizes de Gestão de Riscos – Risco de Tecnologia de Informação de acordo com o Grupo de Acção Financeira (GAFI) – Avaliação Nacional dos Riscos de Branqueamento de Capitais e Financiamento de Terrorismo;

- Padrão n.º 2 do GAFI - Cooperação e coordenação nacionais - o legislador cria o Gabinete de Informação Financeira de Moçambique (GIFiM) através da Lei n.º 14/ 2007, de 14 de Junho e o Grupo Técnico Multisectorial (GTM) em 2011, autoridades responsáveis pelas políticas nacionais de ABC/CFT e de cooperação e coordenação nacionais;

- Padrão n.º 3 do GAFI - Infracção de branqueamento de capitais - a criminalização do branqueamento de capitais no ordenamento jurídico moçambicano na sua essência espelha o disposto na Convenção de Viena de 1988⁸⁵¹;

⁸⁵¹Vide comparativamente os artigos 4º (Jurisdição), artigo 5º (Confisco), artigo 6 (extradição), e o artigo 7º (assistência jurídica recíproca), ambos da Convenção de Viena de 1988 contra os artigos 60º (competência da

- Padrão n.º 4 do GAFI - Perda de bens e medidas provisórias - As medidas sobre perda de bens e medidas provisórias previstas no ordenamento jurídico moçambicano respondem as exigências dispostas na Convenção de Viena de 1988⁸⁵²;

- O Padrão n.º5 do GAFI - Infracção de Financiamento do terrorismo - o financiamento do terrorismo no ordenamento jurídico moçambicano está criminalizado de acordo com a Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo de 1999.

b) Legislação Bancária - Aviso n.º 4 /GBM/2013 – Directrizes de Gestão de Riscos (DGR) e a Avaliação Nacional dos Riscos de Branqueamento de Capitais e Financiamento de Terrorismo do GAFI⁸⁵³

O Banco de Moçambique, no exercício da sua função de supervisora das instituições de crédito e ao abrigo do Programa de Avaliação do Sector Financeiro (FSAP), estabeleceu as Directrizes de Gestão de Riscos e Directrizes de Gestão de Riscos de Tecnologia de Informação, através do Aviso n.º 4/GBM/2013.

O Banco de Moçambique ao criar estas Directrizes apoiou-se nas normas ou nas melhores práticas internacionais aceites para estas matérias. Na essência, o Banco de Moçambique teve como fonte de Direito as matrizes de avaliação de riscos instituídos pelo FMI desenvolvidas a partir das lições tiradas da Crise Financeira Mundial, em Setembro de 2009.

O FMI e o Banco Mundial tendo decidido em 2010 que as 25 jurisdições com o sistema financeiro de importância sistémico passariam obrigatoriamente, no âmbito da

instrução das contravenções e crimes), 66º (direito aplicável) e 67º (aplicação no espaço); artigos 37º e seguintes do Capítulo IV – Medidas Provisórias (Confiscos), artigos 48º e seguintes do Capítulo VI – Cooperação internacional (assistência jurídica recíproca), artigos 48º, 55º, 56º, 57º e 58º sobre extradição, ambos da Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

⁸⁵²Vide por exemplo, comparativamente o artigo 5º (Confisco) da Convenção supra e artigo 37º e seguintes do Capítulo IV – Medidas Provisórias (Confiscos) da Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

⁸⁵³ GAFI é um organismo intergovernamental independente que elabora e promove políticas para proteger o sistema financeiro mundial do branqueamento de capitais, do financiamento do terrorismo e do financiamento da proliferação de armas de destruição de massa. Vide in www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/National_ML_TF_Risk_Assessment.pdf acedido no dia 15.02.2014.

supervisão bilateral, por uma supervisão de estabilidade financeira no âmbito de FSAP de cinco em cinco anos, Moçambique na qualidade de membro viu-se na contingência de acatar estas normas.

Esta supervisão deve obedecer os princípios e linhas contidas nos *The International Monetary Found Staffs' National Money Laundering (ML) or Financing of Terrorism (FT) Risk Assessment*⁸⁵⁴ e *The World Bank Assessed Methodology*⁸⁵⁵.

Na análise comparativa entre as normas nacionais e as internacionais constata-se que na essência, o número 1.3 das disposições gerais das Directrizes de Gestão de Riscos dispostas no Aviso n.º 4 /GBM/2013, Directrizes de Gestão de Riscos tiveram como fonte normativa as orientações do GAFI, Avaliação Nacional dos Riscos de Branqueamento de Capitais e Financiamento de Terrorismo, constantes nas páginas 21 e seguintes.

c) Legislação Bancária - Aviso n.º 3/GBM/2012, de 13 de Dezembro – Implementação do Acordo de Basileia II e a International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard – Basel Committee on Banking Supervision⁸⁵⁶

O Banco de Moçambique no âmbito da supervisão baseada em riscos para mitigação e prevenção sistémicas, dentro do Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP), acaba de adoptar o Acordo de Basileia II⁸⁵⁷, com o intuito de responder as exigências internacionais de avaliação de riscos recomendadas pelas instituições de BWs, FMI e doadores.

O Acordo de Basileia II visa assegurar a convergência internacional de mensuração e padrões de capital, face aos riscos inerentes a actividade financeira e

⁸⁵⁴ Vide o Documento sobre as Metodologias do Fundo Monetário Internacional para a avaliação de riscos de Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo in http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk_Assessment_IMF.pdf, acedido no dia 15 de Fevereiro de 2014.

⁸⁵⁵ Vide a Metodologia do Banco Mundial para a Avaliação de Riscos, in http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk_Assessment_World_Bank.pdf, acedido no dia 15 de Fevereiro de 2014.

⁸⁵⁶ Vide in <http://www.bis.org/publ/bcbs128.pdf>, acedido no dia 15.02.2014.

⁸⁵⁷ Vide as estratégias Basel Committee in http://www.basel-2.org/BIS_BCBS.html, acedido no dia 21.02.2014.

assenta em três pilares: Pilar I – Adequação a capitais; Pilar II – Processo de revisão de supervisão (*SREP – Supervisory Review Evaluation Process*); Pilar III – Disciplina de mercado. Com este acordo as instituições de crédito, doravante, devem adequar os fundos próprios (capitais) ao regime prudencial e às regras de compactibilização estabelecidas no Acordo de Basileia II.

Na essência, o legislador moçambicano partindo das recomendações das instituições de ajuda ao desenvolvimento financeiro, transpõe para o ordenamento jurídico moçambicano – Direito Bancário Moçambicano – as disposições contidas no Acordo de Basileia II.

Portanto, estes Acordos são a fonte de Direito Internacional que serviram de base para a criação da legislação sobre a supervisão baseada em riscos para mitigação e prevenção sistémica do Direito Bancário Moçambicano.

Para elucidar estes factos, por exemplo, constata-se que o Aviso n.º 3/GBM/2012, de 13 de Dezembro, transcreve literalmente as descrições dos Pilares dispostos no *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard – Basel Committee on Banking Supervision*.

Por exemplo, as descrições dos Pilares I, II, e III que constam no artigo 3, do Aviso n.º 3/GBM/2012, de 13 de Dezembro, correspondem aos Pilares I, II e III das páginas 12, 204 e 226 do Basel II Framework – in *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard*, respectivamente.

d) Legislação Bancária - Decreto n.º 48/2001, de 21 de Dezembro – Regime Jurídico Especial para os Auditores do Sistema Bancário-Financeiro e o *Protecting IMF Resources: Safeguards Assessments of Central Banks*

As reformas no sector financeiro suportados pelo Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP) na componente de supervisão bancária e de acordo com *Protecting IMF Resources: Safeguards Assessments of Central Banks*⁸⁵⁸ e

⁸⁵⁸ Vide, International Monetary Fund Facsheet - Protecting IMF Resources: Safeguards Assessments of Central Banks, in www.imf.org/external/np/exr/facts/pdf/safe/pdf, acedido no dia 15.02.2014.

respondendo as exigências de “*External Audit Mechanism*” viu-se na contingência de criar um dispositivo legal - Decreto n.º 48/2001, de 21 de Dezembro – que define os termos em que se deverá exercer as actividades dos auditores externos junto das instituições de crédito e sociedades financeiras.

Este dispositivo legal mais não é, senão um imperativo do Fundo Monetário Internacional quanto aos condicionalismos para o empréstimo e ou ajuda ao desenvolvimento. Não obstante, o FMI dispõe inequivocamente através de “*Protecting IMF Resources: Safeguards Assessments of Central Banks*” que “*under its Articles of Agreement, the IMF must establish adequate safeguards for the use of its resources*”.

Na essência o legislador moçambicano para a criação do Regime Jurídico Especial para os Auditores do Sistema Bancário-Financeiro teve como fonte de Direito Internacional o *International Monetary Fund Facsheet - Protecting IMF Resources*.

e) Legislação Bancária – Aviso n.º 4/GBM/2007 – Normas que regem as instituições sujeitos à Supervisão do Banco de Moçambique e Aviso n.º 5/GBM/2007 de 30 de Março – Ajusta as regras de determinação dos fundos próprios das Instituições de Créditos e Sociedades Financeiras aos padrões internacionais

O Banco Mundial e o FMI, aquando do programa de reajustamento estrutural no sector financeiro, desencadearam um estudo com o objectivo de identificar as fragilidades e potencialidades do sistema de informação contabilístico existente em Moçambique que constituem obstáculos ao desenvolvimento e eficiência da contabilidade financeira e da auditoria em Moçambique.

Do estudo feito, entre Novembro de 2007 e Fevereiro de 2008, recomendado pelo Banco Mundial, incidiu sobre nove áreas⁸⁵⁹ tendo culminado com um Relatório – “*The*

⁸⁵⁹ As áreas são as seguintes: transparência de dados, transparência fiscal, transparência nas políticas monetárias e financeiras, supervisão bancária, segurança, seguros, o sistema de pagamentos, anti-branqueamento de capitais e o combate ao terrorismo, corporate governance, contabilidade, auditoria, insolvência e direito ao crédito.

*Reports on Observance of Standards and Codes (ROSC)*⁸⁶⁰, de 2008, que recomendava desenvolver um plano de acções para a capacitação das instituições financeiras de modo a que ascendam a uma contabilidade e auditoria eficiente aos patamares internacionais.

Não obstante, uma das estratégias para a informação transparente nas demonstrações financeiras de interesse público e dos potenciais financiadores, o país devia estruturar-se e preparar-se para o alinhamento do Plano de Contas das instituições financeiras com as Directrizes da IASB - as Normas internacionais de contabilidade (NICs) e Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRFs).

O Banco de Moçambique iniciou os preparativos para o alinhamento dos Planos de Contas com as directrizes da IASB com a assistência do Banco Mundial e do FMI, muito antes do estudo e do Relatório da ROSC, em 2006. O Governo de Moçambique adoptou as Directrizes da IASB em 2007, passando estas a vigorar no ordenamento jurídico moçambicano.

A partir de 28 de Março de 2008 as instituições bancárias passaram a apresentar as suas Contas de acordo com as normas internacionais de contabilidade e de relato financeiro da IASB⁸⁶¹.

Para responder a este imperativo internacional, o legislador moçambicano emite os Avisos n.º 4/GBM/2007, normas que regem as instituições sujeitas à Supervisão do Banco de Moçambique e o Aviso n.º 5/GBM/2007 de 30 de Março que ajusta as regras de determinação dos fundos próprios das Instituições de Créditos e Sociedades Financeiras aos padrões internacionais, ambos criados a partir da IASB – *International Accounting Standard Board*: “Normas internacionais de contabilidade” e “Normas Internacionais de Relato Financeiro.

⁸⁶⁰ Vide, The Reports on Observance of Standards and Codes (ROSC), Mozambique, Accounting and Auditing, June, 16, 2008, in http://www.worldbank.org/ifa/rosc_aa_moz.pdf, acedido no dia 01 de Março de 2014.

⁸⁶¹ O Aviso do Banco de Moçambique sobre a *harmonização do regime contabilístico das Instituições de crédito e sociedades financeiras às normas internacionais de relato financeiro (NIRF)* foi aprovado no dia 30 de Março de 2007 e tendo sido estabelecido o dia 1 de Janeiro de 2008, o data da entrada em vigor das NIRF. Vide, o artigo 7º, do Aviso n.º 4/GBM/2007, normas que regem as instituições sujeitos à Supervisão do Banco de Moçambique.

f) Decreto n.º 70/2009, de 22 de Dezembro de 2009 – Aprova o Sistema de Contabilidade para o Sector Empresarial (SCE) Baseado nas Normas Internacionais de Relato Financeiro

A preocupação do Governo no desenvolvimento da economia nacional ditou, através das reflexões e decisões do IV Congresso do Partido Frelimo, a necessidade de criar, aprovar e implementar um Plano Geral de Contabilidade para assegurar uma contabilidade planificada e normalizada no sector da economia.

Esta decisão ditou a aprovação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/84, de 14 de Dezembro que aprova o Plano Geral de Contabilidade, obrigatoriamente aplicáveis a todas as unidades económicas com a excepção das que exerçam actividades nos ramos bancários e de seguros.

Na essência, esta obrigatoriedade, visava de entre outras, assegurar a homogeneidade do sistema de informação e controlo económico, dentro de uma direcção planificada da economia nacional.

As reformas económicas e financeiras ditadas pelas políticas económicas neoliberais de mercado livre desencadearam uma viragem no sistema económico moçambicano que conduziu a aprovação de um novo Plano Geral de Contabilidade, através do Decreto n.º 36/2006, de 21 de Setembro.

Este novo Plano de Contabilidade estabeleceu a viragem de uma economia centralmente planificada para uma economia de mercado⁸⁶². Todavia, os imperativos do desenvolvimento do sector empresarial em Moçambique, no âmbito de apoio às reformas económicas para atrair os investimentos empresariais estrangeiros e nacionais, o Governo viu-se na contingência de harmonizar o Plano de Contabilidade aos patamares internacionais baseado nas Normas internacionais de Relato Financeiro (PGC-NIRF), através do Decreto n.º 70/ 2009, de 22 de Dezembro.

⁸⁶² Dispõe a introdução do Decreto n.º 36/2006, de 21 de Setembro, o seguinte: a aprovação do novo Plano geral de Contabilidade, visa “*acolher as diversas transformações e reformas económicas que vem ocorrendo em Moçambique nos últimos anos, aliadas ao processo de internacionalização das actividades económicas e ao impacto das rápidas inovações das tecnologias de informação e comunicações e do mercado financeiro*”.

O Plano Geral de Contabilidade (PGC-NIRF) teve como fonte de Direito Internacional às Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) e as Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRF) emitidas pela IASB (*International Accounting Standard Bourds*).

Na essência, o Decreto n.º 70/2009, de 22 de Dezembro, reproduz as NICs e as NIRFs. O legislador para evidenciar a importância da fonte do Direito Internacional que serviu de base para a elaboração do Sistema de Contabilidade para o sector Empresarial dispõe claramente no n.º 2 e 3 da Introdução do PGC-NIRP que os textos das normas do Plano Geral da Contabilidade devem ser interpretadas, ou seja, dada a mesma interpretação à dos NICs e NIRFs e recomenda ainda como actividade complementar à lei das normas internacionais que serviram de base as NICs e NIRFs⁸⁶³.

8.2.2.4. A Legislação sobre a Actividade Seguradora e de Fundo de Pensões

As reformas do sector financeiro em Moçambique, como se pode constatar, tiveram como ponto de partida no programa de ajustamento estrutural no sector financeiro, com o apoio e colaboração das instituições de BWs e FMI.

Estas reformas desenvolveram um Projecto de Assistência Técnica para o Sector Financeiro (FSTAP) que compreendeu várias componentes, de entre outras, pode se nomear, instituições financeiras regulamentadas⁸⁶⁴ e instituições financeiras não regulamentadas⁸⁶⁵.

⁸⁶³ “ Os textos das Normas de Contabilidade e do Relato Financeiro (NCRF) que constam deste novo Plano foram preparados para proporcionar aos seus utilizadores a mesma interpretação que é dada aos NICs e NIRFs e emitidas pela ISCB e, conseqüentemente, a consulta e a utilização das NCRF's, não dispensam, quando apropriado, que complementarmente se faça a leitura das normas internacionais que lhes serviram de base...” (Cfr., n.º 2 e 3 da Introdução do PGC-NIRP)

⁸⁶⁴ As instituições financeiras regulamentadas são: bancos comerciais, companhias de seguros, companhias de leasing e as companhias financeiras.

⁸⁶⁵ As instituições financeiras não regulamentadas são: instituições de micro-finanças, grupos de ajuda mútua, bancos comunitários e associações de créditos.

As reformas na componente de seguros iniciaram dentro do processo de reestruturação económica do país com o intuito de adequa-las ao regime neoliberal de economia do mercado.

Foi através da Lei n.º 24/91, de 31 de Dezembro, que o legislador liberalizou a actividade seguradora para uma maior competitividade economia e melhoria das qualidades de prestação de serviços. Em 1999, o Governo através do Decreto n.º 42/99, de 20 de Julho, criou a Inspeção Geral de Seguros (IGS), como entidade supervisora e reguladora do sector.

Em 2003, o legislador constrangido com a dinâmica da economia do mercado e dos intervenientes na actividade seguradora e resseguradora, procurou sistematizar toda a legislação dispersa nos vários decretos e no Código Comercial de 1888, criando a Lei n.º 3/2003, de 21 de Janeiro – Lei da actividade Seguradora – que estabelece as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora no país e de representação no estrangeiro, assim como a respectiva mediação.

A dinâmica da economia de mercado ditou a revogação do Código Comercial de 26 de Junho de 1888, outrora desajustado com o sistema económico socialista e com o sistema neo-liberal de economia de mercado.

Com a revogação do Código Comercial ficaram também revogadas as disposições que estabeleciam o regime jurídico dos seguros, concretamente, os artigos 425 e 462. Não obstante, a criação do actual Código Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro, não incorporou as matérias de contrato de seguro, pela natureza comercial do mesmo e por se considerar subsidiárias a actividade comercial.

Portanto, abriu-se uma lacuna normativa no tocante ao contrato de seguro que ditou a criação do novo Regime Jurídico de Seguros, através do Decreto-lei n.º 1/2010, de 31 de Dezembro.

Este Decreto-lei extinguiu a Inspeção Geral de Seguros (IGS), criada pelo Decreto n.º 42/99, de 20 de Junho e criou o Instituto de Seguros de Moçambique (ISSM) com funções acrescidas, tais como:

- “...supervisão e fiscalização das entidades habilitadas ao exercício das actividades seguradoras, de mediação de seguros e resseguros e de gestão de fundos complementares”;

- “e a supervisão e fiscalização subsidiária da execução da política de investimentos da segurança social obrigatória gerida pelo Instituto Nacional de Segurança Social (INSS) e de Fundo de Pensões dos Trabalhadores do Banco de Moçambique (BM)”⁸⁶⁶.

Não menos importante, o ISSM foi-lhe conferida através do n.º 3, do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1/2010, de 31 de Dezembro, a prerrogativa de emitir “Avisos, que deverão ser publicados no Boletim da República, relativamente a normas técnicas, de cumprimento obrigatório necessárias à correcta implementação das disposições legais aplicáveis à actividade seguradora e sua mediação”.

No âmbito da ajuda ao desenvolvimento e dentro do Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP), o Banco Mundial, o FMI e as Organizações internacionais de Desenvolvimento, ao reconhecerem a importância e o espaço que as seguradoras e os fundos de pensões têm no investimento e no mercado de valores mobiliários por constituem uma das fontes eficientes para o financiamento económico e alavanca para o desenvolvimento do país.

Este Projecto por canalizar fundos para o sector produtivo têm prestado uma assistência técnica primordial ao INSS, quer nas estratégias para mitigar e prevenir riscos sistémicos face a crise financeira mundial, quer na criação de normas técnicas, directrizes ou avisos no âmbito da supervisão.

Dentro desta assistência técnica ao Sector, as entidades habilitadas ao exercício das actividades de seguro foram recomendadas a adoptar as Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRF ou IFRS⁸⁶⁷) e as Normas internacionais de Contabilidade

⁸⁶⁶ Cfr., n.º 2, do artigo 5º do Decreto-lei n.º 1/2010, de 31 de Dezembro.

⁸⁶⁷ IFRS é designação em língua Inglesa de *International Financial Reporting Standards*.

(IASB⁸⁶⁸), com o intuito, de entre outras, melhorar a transparência e comunicação no sector.

Para estas duas componentes ou matérias, o Governo através do Diploma Ministerial n.º 222/2010, de 17 de Dezembro, estabeleceu que o Plano de Contas das entidades habilitadas ao exercício de actividade de seguro, resseguro e entidades gestoras de fundo de pensões, passassem a estar alinhados com as normas internacionais da NIRF.

O legislador justifica e fundamenta a necessidade de adopção destas normas internacionais porque permitem uma maior transparência e comparação contabilístico nas demonstrações financeiras de finalidades gerais.

Por outro lado, permite medir e comparar as relações económicas internas e externa e o desempenho dos vários agentes económicos.

Essa mensuração e comparação só se efectivam quando é atingido um nível razoável de homogeneidade na contabilização de operações⁸⁶⁹.

Para o efeito, o legislador moçambicano adoptou as Normas Internacionais de Relato Financeiro (IFRS) como fonte de Direito Internacional por recomendação do Banco Mundial e FMI.

O legislador para dissipar os possíveis equívocos dispõe na alínea a, das Considerações Gerais do Diploma Ministerial n.º 222/2010, de 17 de Dezembro, o seguinte: *“Este Plano de Contas acolhe as NIRFs, com excepção da NIRF4, em que apenas são adoptados os princípios de classificação do tipo de contratos celebrados pelas seguradoras”*.

O encontro entre o Direito Interno e o Direito Internacional, quanto às normas da actividade seguradora, encontrou uma segunda exigência incontornável dentro das obrigações de Moçambique com a SADC.

⁸⁶⁸ IASB – International Accounting Standard Board, *“Foi criado em 2001, sendo responsável pelo desenvolvimento, no interesse público, de um único conjunto de normas de contabilidade globais, de alta qualidade, que exigem informação transparente e comparável nas demonstrações financeiras de finalidades gerais, estas normas tomam a designação de Normas Internacionais de Relato Financeiro (NIRFS)”*. Cfr., § 4º da Introdução do Diploma Ministerial n.º 222/2010, de 17 de Dezembro.

⁸⁶⁹ Cfr., § 2º da Introdução do Diploma Ministerial n.º 222/2010, de 17 de Dezembro.

O legislador moçambicano, neste contexto, viu-se na obrigação de adoptar a regulação sobre a supervisão imposta pelo anexo 10 *of the SADC Protocol on Finance and Investment – Cooperation on Non-Banking Financial Institutions and Services*.

Não obstante, o Protocolo da SADC teve como fonte do Direito Internacional às normas do “*the International Organization on Securities Commissions (IOSCO), the International Association of Insurance Supervisors (IAIS) and the International Organization of Pension Regulators and Supervisors (IOPS)*”⁸⁷⁰

8.2.2.5. Aviso n.º 10/GBM/2007, de 25 de Maio e o Aviso n.º 4/GBM/2012, de 26 de Dezembro, Extensão dos Serviços Financeiros às Zonas Rurais e as Normas Internacionais - "Access to Finance Challenge Fund" (AFCF).

O Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP) desenvolvido no âmbito do programa de reestruturação económica do Banco Mundial e FMI estabeleceu como uma das componentes prioritárias o *Acesso às Finanças* por todas as camadas sociais e em todas zonas ou circunscrições administrativas de Moçambique.

Esta componente procura responder o grande desafio de desenvolvimento económico que passa por melhorar a solidez e a eficácia do sistema financeiro moçambicano e consequentemente a sua contribuição na erradicação da pobreza absoluta em Moçambique, estabelecido no PARPA I e II e Agenda 21.

O Governo de Moçambique para o desenvolvimento desta componente conta com o apoio do Banco Mundial, Banco Africano de Desenvolvimento e o Governo Alemão. Esta última assegurou a coordenação e implementação das acções dentro do Projecto – componente 5.

O Governo de Moçambique estabeleceu acordos com o Governo Alemão, através da Agência da Cooperação Alemã para o desenvolvimento – GTZ e Banco Alemão de Desenvolvimento Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW).

⁸⁷⁰ Vide, Anexo 10 of the SADC Protocol on Finance and Investment – Cooperation on Non-Banking Financial Institutions and Services, p. 100 e 104, in <http://www.tralac.org/2011/03/24/sadc-legal-texts/>, acedido no dia 28 de Fevereiro de 2014.

Para o efeito, a GTZ e KFW iniciaram as suas actividades através de um estudo que culminou com a identificação do principal enfoque das suas acções, centrando-se na promoção das micro-finanças e nas finanças rurais.

O acordo ora estabelecido prevê actividades tais como:

- Assistência aos operadores de micro-finanças na criação, expansão e consolidação das instituições de micro-finanças e da sua associação;
- Assistência técnica ao Banco de Moçambique na formulação dos instrumentos de regulação e supervisão das micro-finanças;
- Alargar e melhorar os produtos disponibilizados pelas micro-finanças; capitalizar as instituições de micro-finanças para adoptar os novos sistemas financeiros - Normas internacionais de contabilidade, Normas Internacionais de Relato Financeiro e o Sistema Nacional de Pagamentos;
- Extensão dos serviços financeiros às zonas rurais.

Para o fortalecimento das instituições de micro-finanças e a extensão dos serviços financeiros às zonas rurais, a Agência Alemã para o desenvolvimento, através do Banco Kreditanstalt für Wiederaufbau disponibilizou um fundo denominado “*Acess to Finance Challenge Fund*” (AFCF), para a extensão das finanças às zonas rurais e as populações de baixa renda, assim como a inovação de serviços bancários, tais como as “*mobile banking*” e moeda electrónica, para um maior alcance das populações.

Este fundo está disponível para os operadores e as instituições de micro-finanças desde que formulem os seus projectos dentro dos critérios de elegibilidade previstos no AFCF.

O Governo de Moçambique pretende com esta iniciativa “*integrar as instituições de micro-finanças no sistema nacional de pagamentos, fazendo que as compensações passem a ser feitas pelo Banco de Moçambique e, consequentemente criando esta o maior protagonismo e um maior controlo de fluxos financeiros e monetários que lhe permite uma maior eficácia da política monetária e um maior controlo da inflação*”⁸⁷¹.

⁸⁷¹ Vide a entrevista do Gabriel Mambo, do Banco Central e coordenador do Programa de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP) e o Umaia Mahomed, Director do Instituto da Supervisão Bancária de

No âmbito da assistência técnica ao Banco de Moçambique, quanto a formulação dos instrumentos de regulação e supervisão das instituições de micro-finanças, na essência pretende-se, à semelhança dos Bancos Comerciais, criar condições para que as suas contabilidades e os relatos financeiros estejam alinhados com as normas internacionais – NIRF.

Com estes novos instrumentos garante-se uma maior transparência dos seus exercícios financeiros e consequentemente a atracção dos investidores e do público na colocação das suas poupanças, solicitação de créditos e na compra dos seus serviços.

O Governo de Moçambique, dentro do acordo com o Governo Alemão - Agência Alemã para o desenvolvimento, através do Banco Kreditanstalt für Wiederaufbau que disponibilizou o fundo que sustenta o programa “*Acess to Finance Challenge Fund*” (AFCF) e como rezam as normas de financiamento ou de ajuda ao desenvolvimento teve como contraparte assumir os encargos dispostos no Aviso n.º 10/GBM/2007, de 25 de Maio e no Aviso 4/GBM/2012, de 26 de Dezembro, que passaram a vigorar como norma na legislação bancária moçambicana.

8.2.2.6. A Regulamentação e Procedimentos no âmbito da SADC – Committee of Central Banks Governors (CCBG-SADC) e a Legislação sobre o Sistema Financeiro Moçambicano

A reforma do sistema financeiro, no âmbito da ajuda ao desenvolvimento através do Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional e os Doadores, como foi ilustrado atrás, ditou a harmonização da regulamentação de supervisão bancária moçambicana com base nas recomendações do Bank for International Settlements (BIS)⁸⁷².

Moçambique, in Jornal Noticias, de 28.09.2012, apud <http://www.macauhub.com.mo/pt/2012/09/28/banco-de-mocambique-quer-integrar-instituicoes-de-micro-financas-no-sector-financeiro-do-pais/>, acedido no dia 28.02.2014.

⁸⁷² Vide a descrição da ISA no http://www.financialstabilityboard.org/cos/cos_021001b.htm, acedido no dia 21.02.14

Não obstante, a reforma da legislação bancária vai encontrar outra fonte de Direito Internacional que é o Direito de Integração Económica Regional ou seja as normas da SADC – *Committee of Central Banks Governors (CCBG-SADC)*.

De acordo com a *SADC Regional Indicative Strategy Development Plan (RISDP)* e *Finance and Investment Protocol (FIP)*, a comunidade pretende introduzir a “*monetary union*” em 2016 e moeda única em 2018.

Para a concretização destes objectivos, a SADC já estabeleceu o *Model Central Bank Law* e deve adoptar um regulamento regional e normas jurídicas para o sistema de pagamento nacional, assim como *clearing and settlement system* e procedimentos regionais de supervisão bancária.

A SADC para a concretização destes objectivos no âmbito da *SADC Regional Indicative Strategy Development Plan (RISDP)* e *Finance and Investment Protocol (FIP)*, desde o início contou com a ajuda técnica e financeira da *United Nations Economic Commission for Africa (UNECA)*, o Banco Mundial e União Europeia.

O legislador moçambicano para responder a este imperativo e ao encontro das normas internacionais de integração regionais aproxima o seu Direito Interno a estes instrumentos.

a) Legislação Bancária - Harmonização de Procedimentos de Supervisão, no âmbito das CCBG-SADC

Os princípios (regulamentos e procedimentos) estabelecidos pela CCBG-SADC, objectos de harmonização nos Estados membros da SADC, são os praticados pela *Bank Supervision and Regulation System in Commun Market for Eastern end Southern Africa (COMESA)*.

Estes princípios são na essência os 25 princípios fulcrais da supervisão bancária desenvolvidos pela Basel Committee on Banking Supervision⁸⁷³.

⁸⁷³ Vide, United Nations Economic Commission for Africa (UNECA), Governance of Financial Institution in Suthern Africa: Issues for institutional Convergence Framwork for Regional Financial Integration in SADC – ECA-SA/TBUP/GOV/2009/3, p. 30. in

De acordo com o Protocolo de Investimentos e Finanças da SADC, os Estados membros devem “*facilitar a cooperação entre as supervisões dos bancos regionais e a harmonização dos padrões e procedimentos de supervisão bancária*”⁸⁷⁴.

O Banco de Moçambique, no âmbito das normas da ajuda humanitária e para o desenvolvimento, antecipou a harmonização destes padrões e procedimentos de supervisão bancária decretados pela SADC, aquando da reforma do sector financeiro, em 2005, dentro do Projecto de Assistência Técnica ao Sector Financeiro (FSTAP) suportados pelas instituições de BWs, do Banco de Desenvolvimento Africano, Departamento para o Desenvolvimento Internacional, Associação Sueca para o Desenvolvimento Internacional, Cooperação Técnica Alemã (DTZ) e Fundo Alemão para a Reconstrução (KFW) e da sociedade civil.

b) Legislação Bancária - Harmonização de Procedimentos de Sistema Regional de Pagamentos da SADC

O *Committee of Central Banks Governors (CCBG-SADC)* estabeleceu em 1996 um Projecto de Sistema de Pagamentos da SADC⁸⁷⁵. O objectivo deste Projecto da SADC visa essencialmente apoiar os Estados membros a definir estratégias de pagamentos nacionais (internos), desenvolvimento e implementação de reformas, bem como para estabelecer mecanismos de pagamento além-fronteiras dentro dos padrões internacionalmente aceites.

Não obstante, este Projecto tem como plataforma criar as bases para a implementação do mercado único regional da SADC. Para o efeito, a reforma deve ter em conta as vicissitudes comerciais, políticas do Banco Central, o câmbio e o controlo da moeda. Este Projecto Regional culminou com a criação de um Regulamento (Act)

http://www.uneca.org/sites/default/files/publications/govoffininstinsouthernafrika_issuesforrfiframework_final.pdf ,
acedido no dia 21.02.14

⁸⁷⁴ Cfr., artigo 10º do Protocolo de Investimentos e Finanças da SADC.

⁸⁷⁵ Vide, *Guide to Developing a Strategic Framework for Payment System Modernization, published by the SADC Payment System Project Team under the auspices of the SADC Committee of Central Bank Governors (CCBG)*, p. ii.
in <http://www.sadcbankers.org/subcommittees/PaySystem/media/Documents/Guide.pdf> ,
acedido no dia 23.02.14

Modelo de Sistema de Pagamentos, em 2002, que serviria de base – fonte de Direito Internacional – aos Estados membros para criar e desenvolver a sua própria legislação do sistema de pagamento bancário.

Os projectos nacionais são assessorados por equipas técnicas (especialistas internacionais) do Secretariado do Projecto do Sistema de Pagamento Central da SADC, quanto a concepção, treino, implementação e monitorização do sistema de pagamento bancário. O legislador moçambicano adopta para o Sistema Bancário moçambicano – Banco de Moçambique – o *Model System of Payment act CCBG – SADC*.

c) Harmonização dos Princípios e Práticas da Corporate Governance, no âmbito da Integração Financeira Regional da SADC

A SADC estabelece como boas Práticas da *Corporate Governance* para o sector financeiro e gestão macro-económica, uma gestão financeira pública transparente e *accountability*, uma supervisão bancária e regulação financeira de primeira classe e uma prática de corporate governance rigorosa⁸⁷⁶.

O Plano Regional Indicativo de Estratégia de Desenvolvimento da SADC (RISDP⁸⁷⁷) coloca o acento na *accountability* e na transparência em conjugação com os códigos e padrões aceites internacionalmente, estabelecendo-os como o marco para a determinação de uma boa *corporate governance*⁸⁷⁸.

A SADC ao colocar o acento na *accountability* e transparência para uma boa governança alinou todos os seus instrumentos e em especial no sector financeiro dentro desta filosofia. Por exemplo, a CCBG desenvolveu o modelo ou a política do Banco Central da SADC privilegiando esta componente da *accountability* e transparência.

⁸⁷⁶ Vide, United Nations Economic Commission for Africa (UNECA), *Governance of Financial Institution in Southern Africa: Issues for institutional Convergence Framework for Regional Financial Integration in SADC – ECA-SA/TBUP/GOV/2009/3*, op. cit., p. 43.

⁸⁷⁷ Designação em língua inglesa que significa *Regional Indicative Strategic Development Plan*.

⁸⁷⁸ Vide, United Nations Economic Commission for Africa (UNECA), *Governance of Financial Institution in Southern Africa: Issues for institutional Convergence Framework for Regional Financial Integration in SADC – ECA-SA/TBUP/GOV/2009/3*, op.cit., p. 43

Por outro lado, a *SADC Protocol on Finance and Investment* visa, de entre outras, atrair investimentos nacionais e estrangeiros. Estes só poderão ser conseguidos com a prática de uma boa governança das instituições financeiras centrais e nacionais.

Portanto, urge os Estados membros adoptar as boas práticas da corporate governance para o sector financeiro, de acordo com os códigos e padrões aceites internacionalmente⁸⁷⁹.

Moçambique através da Lei n.º 15/99, de 1 de Novembro, que regula o estabelecimento e o exercício das actividades das instituições de crédito e das sociedades financeiras e a Lei n.º 9/2004, de 21 de Julho, que actualiza a anterior, incorpora algumas das boas práticas de corporate governance e impõe que o Banco de Moçambique estabeleça, por aviso, regras de conduta que considere necessárias para complementar e desenvolver as fixadas nos instrumentos acima⁸⁸⁰.

8.2.2.7. Quadro Legal sobre Anti-Corrupção e o Direito Internacional

A reestruturação económica (1985 -1994) impulsionada pela viragem do sistema económico nacional ditou uma nova estratégia económica de desenvolvimento.

No lugar do sistema de planificação ser de baixo para cima como antítese ao sistema socialista de planificação centralizada – de cima para baixo - deu lugar ao sistema perverso de fora para dentro.

O sistema económico socialista que visava erradicar o capitalismo com os seus ismos para dar lugar a socialização da economia e a sua centralização no povo ditou a concentração do poder económico não no povo mas na classe político-administrativa.

Não obstante, as reformas apoiadas financeiramente pelas IBWs no âmbito económico, político, administrativo e legislativo tiveram como contraparte moçambicana a classe político-administrativa de então.

⁸⁷⁹ Por exemplo, um dos Estados membro da SADC, Zâmbia, criou um código e guidelines de corporate governance para o sector financeiro.

⁸⁸⁰ Cfr., n.º1, artigo 47º, da Lei n.º 9/2004, de 21 de Julho, que regula o estabelecimento e o exercício das actividades das instituições de crédito e das sociedades financeiras.

Portanto, o desenvolvimento do país estava votado à vontade e visão desta classe minoritária detentora do poder político e administrativo.

O apoio e o relançamento da economia apoiada pelas IBWs e parceiros de cooperação e de ajuda humanitária, depois de uma década, não conseguiram recuperar o colapso da economia - aliviar o fardo da pobreza absoluta. Pelo contrário, o endividamento externo continuou cada vez mais crescente e logrou um índice de desenvolvimento humano mais baixo do mundo⁸⁸¹.

Estes resultados negativos e apesar de um crescimento económico limiar evidenciaram uma fragilidade económica social, o que levou a que os analistas sugerissem uma viragem quanto às estratégias políticas e governativas, assim como de governança no aparelho do Estado e na administração estatal.

Enquanto isso, o Governo por ter assegurado um ambiente de diálogo, paz e estabilidade política, assim como reformas económicas e sociais⁸⁸² granjeou a confiança dos doadores tendo assegurado a continuidade do financiamento externo, a ajuda humanitária e de desenvolvimento, assim como o perdão de uma parte substancial da dívida.

Embora o Governo tenha granjeado a confiança dos doadores, os resultados mercê destes financiamentos e dos apoios, não vislumbravam avanços significativos na economia.

O Banco Mundial constrangido com estes resultados de ajustamento estrutural e, face à inércia do poder político-administrativo quanto ao ritmo das privatizações continuou a pressionar o Governo para que este assuma a sua responsabilidade nesta fase derradeira da viragem e transição do sistema económico

Constatou-se no terreno a existência de duas forças internas que se opunham quanto às privatizações: por um lado, vimos aqueles que continuavam a defender a recuperação do fracassado projecto socialista e, por outro, aqueles que embora

⁸⁸¹ FRANCISCO, António Alberto da Silva (2012) Reestruturação Económica e Desenvolvimento, op. cit. p. 173.

⁸⁸² O Governo conseguiu assegurar um clima favorável ao investimento privado, nacional e estrangeiro, a redução do défice orçamental e do desequilíbrio do balanço de pagamento e a continuação do processo de privatizações.

vanguardistas procuravam ganhar vantagens face ao processo de privatizações para se tornarem detentores do poder económico.

Estes dois vectores de forças desequilibraram a dinâmica imposta pelo ajustamento estrutural e despoletou evidências de nepotismo e corrupção, por exemplo, na privatização da banca⁸⁸³.

De facto, as privatizações constituíam um dos pilares decisivos para a transição para a economia de mercado.

O ajustamento estrutural e a viragem para a economia do mercado desencadearam a corrida desenfreada para a acumulação de riqueza por parte de uma minoria detentora do poder político, administrativo e financeiro.

Esta minoria impunha-se como única esclarecida e avantajada com poder económico para concorrer em parceria com os estrangeiros nas privatizações, em detrimento do cidadão comum sem qualquer tipo de poder e no limiar da pobreza absoluta.

Este pressuposto básico e desigual de oportunidades para a acção, na viragem para a economia do mercado, ditou um acumular de bens e riquezas por parte de uma minoria elitista e governativa que passou a ter uma forte relação com o exterior e cuja realização e acção económica ficou voltada às cidades como o seu epicentro de desenvolvimento.

Por outro lado, embora o Estado beneficiando dos fundos das privatizações e dos investimentos não teve capacidade para se reestruturar para as funções que a economia do mercado impõe – a regulação e fiscalização.

Esta fragilidade reestruturativa do Estado permitiu que a transparência da gestão do bem público diminuísse e consequentemente o desenvolvimento da burocracia, nepotismo, corrupção, tráfico de influências e fraudes bancária⁸⁸⁴.

⁸⁸³ Vide, Associação das Universidades de Língua Portuguesa, Agricultura de Moçambique Pós-Independência: da Experiência Socialista à Recuperação do Modelo Colonial, in Revista Internacional em língua Portuguesa, III Série, n.º 21, Lisboa, p. 13.

⁸⁸⁴ Centro de Integridade Pública em Moçambique, Legislação Anti-Corrupção em Moçambique – Contributos para uma Melhoria do Quadro legal em Moçambique, 2008, p. 1

Dentro do ajustamento estrutural iniciado pelas IBWs e reforçada pelos doadores, o governo conseguiu assegurar um ambiente de diálogo, paz e estabilidade política (tida como modelo em África) num país emergido da guerra.

Estas capacidades fizeram de Moçambique um país que nas últimas décadas beneficiasse de maiores doações em África.

Por exemplo, em termos de percentagem do PIB em África, Moçambique em 2007 beneficiou de 9 por cento. Os recursos externos cobriram 53 por cento do Orçamento do Estado em 2010⁸⁸⁵ contra 48 por cento em 2011 e 2012.

Todavia, apesar desta inestimável ajuda dos doadores e organizações humanitárias⁸⁸⁶ e de desenvolvimento, Moçambique continuou na lista dos países mais pobres do mundo (ocupando o 165º lugar de entre 169 no índice de Desenvolvimento Humano de 2010) e os resultados dos apoios e investimentos são quase nulos.

Inequivocamente, até hoje, o ambiente fiscal moçambicano continua a caracterizar-se por uma forte dependência em ajuda externa.

O Banco Mundial e os Doadores, com base nos resultados dos indicadores de desenvolvimento em Moçambique (por exemplo os índices de percepção da boa governança – a burocracia, corrupção e Estado de Direito) e constrangida com a componente forte de dependência em ajuda externa, à luz da Declaração de Paris de 2005 sobre a eficácia da ajuda, partiram para uma maior harmonização e alinhamento da assistência humanitária.

No âmbito desta harmonização e alinhamento da ajuda externa, os doadores – Parceiros de Apoio Pragmático (PAPs)⁸⁸⁷ e o Governo de Moçambique - assinaram dois Memorandos de entendimento, o primeiro em 2004 cujo enfoque eram os princípios da

⁸⁸⁵ Vide os dados percentuais in United Nations Children's Fund, Cenário Fiscal de Médio Prazo 2010-2012. Como o CFMP responde aos desafios de redução da pobreza na infância em Moçambique? Maputo, 2010.

⁸⁸⁶ De acordo com a Economist Intelligence Unit, Country Report Mozambique, Economist Intelligence Unit, Londres, Maio de 2009, Moçambique figura como o maior destinatário da assistência internacional ao desenvolvimento em África, sendo o Reino Unido a maior fonte de ajuda bilateral ao país.

⁸⁸⁷ O PAPs é constituído por: Banco Africano de desenvolvimento, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Comissão Europeia, Finlândia, França, Alemanha, Países baixos, Irlanda, Itália, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido, Banco Mundial e Austrália. Os Estados Unidos da América e as Nações Unidas aderiram como Membros Associados em 2009.

parceria bilateral e multilateral e os compromissos para melhoria da qualidade dos Programas de Ajuda Humanitária.

O segundo incidiu sobre a redução da pobreza ou melhor sobre o apoio ao orçamento do Estado, com o intuito de alcançar os objectivos de redução da pobreza e os objectivos de desenvolvimento do milénio em Moçambique.

Portanto, dentro desta conjuntura económica e face aos resultados negativos no terreno, a nova estratégia dos doadores – a harmonização e o alinhamento da ajuda externa - manifesta nos memorandos de entendimento entre o Governo de Moçambique e os Parceiros Estratégicos⁸⁸⁸ - incidiu sobre um novo paradigma – a governança⁸⁸⁹.

A governança passa a desempenhar um papel importante para aferir os programas de cooperação quanto aos instrumentos de redução da pobreza e os ODM. Eis que os doadores invertem a dinâmica ou estratégia de ajuda, doravante baseada em estratégias e políticas promovidas pelos próprios países, reconhecendo e valorizando as autoridades nacionais e responsabilizando-os automaticamente⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ O governo entende que a harmonização das ajudas vai estabelecer um equilíbrio nos vários programas de desenvolvimento. Todavia, este é da opinião que devia haver um aumento da proporção de fundos canalizados através da Conta Pública do Tesouro, principalmente através do Apoio Geral ao Orçamento. A dispersão de financiamento de ajuda externa ou seja fora do processo orçamental do Estado é apontada como prejudicial na gestão pública, pois não permite o governo definir prioridades, planear, orçar, monitorar e avaliar o que não está nas suas mãos.

⁸⁸⁹ O Conceito de governança foi melhor caracterizado no n.º3 do artigo 9º do acordo de Parceria de Cotonou – acordado conjuntamente pelos Estados ACP signatários e pela UE: *“Num contexto político e institucional que respeite os direitos humanos, os princípios democráticos e o Estado de Direito, a boa governança consiste na gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, económicos e financeiros, tendo em vista um desenvolvimento sustentável e equilibrado. A boa governança implica processos de decisão claros a nível das autoridades públicas, instituições transparentes e responsáveis, o primado do Direito na gestão e na distribuição dos recursos e no reforço das capacidades no que respeita a elaboração e aplicação de medidas especificamente destinadas a prevenir e a combater a corrupção”* Vide, o Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento/ *Com /2003/0615 final*/ , op. cit. p. 2.

⁸⁹⁰ Vide a nota escrita por especialistas, *Stephen Knack* (Economista sénior e pesquisador, Grupo do Sector Público, Red TREM e Grupo de Pesquisa sobre o Desenvolvimento) e *Nick Manning* (Especialista Sénior em Gestão do Sector Público, Grupo do Sector Público, Rede TREM cujo o título é: Obtenção de Indicadores de Governança mais Relevantes e Operacionais, in <http://www1.worldbank.org/prem/premnotes/pr/premnote49p.pdf>, acedido no dia 13 de Janeiro de 2014.

Para o efeito, a governança de um país e os seus indicadores de avaliação passam a ser a pedra angular para aferir a qualidade e o desempenho do sistema político administrativo⁸⁹¹.

Não obstante, os doadores e em especial a UE entenderam que *“a boa governança é fundamental para a eficácia da assistência ao desenvolvimento e para a realização dos objectivos pelos quais devemos lutar”*⁸⁹².

Dentro desta percepção o Banco Mundial define que um governo transparente e um sistema judiciário eficiente constituem dois dos pilares da *Comprehensive Development Framework*⁸⁹³.

A harmonização e o alinhamento da ajuda externa ao abrigo da Declaração de Paris de 2005 sobre a Eficácia da Ajuda conduziram a assinatura de um memorando entre o Governo de Moçambique e o Grupo de Parceiros de Apoio Pragmático (PAPs).

Este memorando aponta como principais objectivos da ajuda ao Governo de Moçambique, a redução da pobreza e os ODM.

Para o efeito, a corrupção é apontada como um dos principais obstáculos para a redução da pobreza e para o desenvolvimento.

Embora a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção não defina o conceito de corrupção, este é caracterizado como o abuso do poder para fins privados ou seja como *“qualquer operação entre agentes dos sectores público e privado em que bens de utilidade pública se transformam, ilegalmente em ganhos privados”*⁸⁹⁴.

No âmbito da ajuda humanitária e ao desenvolvimento, Moçambique beneficiando do apoio da UE e na qualidade de parceira viu-se na contingência de reformar o seu

⁸⁹¹ Embora alguns especialistas sustentem que os indicadores de governança não produzem um impacto substancial nas políticas do governo ou nas reformas propostas por doadores e instituições financeiras internacionais.

⁸⁹² Vide, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento/ *Com /2003/0615 final*/, op. cit., p. 2.

⁸⁹³ WOLFENSOHN, James D. 1999. “A Proposal for a Comprehensive Development Frame-work” in <http://www.worldbank.org/cdf/cdf-text.htm>

⁸⁹⁴ Vide, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento/ *Com /2003/0615 final*/, op. cit., p. 6. Definição feita por Programa mundial de luta contra a corrupção das Nações Unidas.

pacote legislativo anti-corrupção para acomodar os dez princípios gerais na sua estratégia nacional contra a corrupção emanados da UE.

Estes princípios estão relacionados com a *“adopção de medidas preventivas e repressivas, o estabelecimento de código de conduta e incentivos para o sector privado e a elaboração de listas brancas”*⁸⁹⁵.

Moçambique, nos últimos anos, passou a pertencer ao grupo designado pelos doadores por pareceria eficaz.

Com este estatuto passou a beneficiar de ajudas financeiras para adopção e aplicação de políticas e programas de reforma a favor dos pobres⁸⁹⁶, reforçar a transparência, a responsabilidade e a eficácia das instituições do Estado (adopção de políticas de mercado aberto, reformas dos serviços públicos, a reforma da fiscalidade e da administração, os processos orçamentais e de auditoria, as estatísticas, etc.).

Todavia, apesar destas reformas o Banco Mundial e o Banco Africano de Desenvolvimento nos seus relatórios⁸⁹⁷ colocam Moçambique abaixo da linha da pobreza, por exemplo em 2011, este posicionava-se em 126º lugar de entre 183 economias na facilidade de fazer negócios.

A governança na sua vertente de burocracia, corrupção, tráfico de influência e legislação laboral rígida continua a retrair os investidores nacionais e estrangeiros.

O Governo de Moçambique, constrangido com os resultados e face aos compromissos com os doadores, estabeleceu algumas medidas preventivas, tais como, códigos de condutas para os funcionários de Estado e através da Lei n.º 4/1990, de 26 de Setembro, estabelece normas de conduta, deveres e direitos do dirigente superior do Estado.

⁸⁹⁵ Ibidem, p.7

⁸⁹⁶ O Governo de Moçambique, em 1999, face à pobreza absoluta que afecta cerca de 70 por cento da população, desenvolve um Plano de Acção para a Redução da Pobreza Absoluta – PARPA que define as acções e prioridades para serem implementados em diferentes níveis e diferentes sectores. Do PARPA I seguiu o PARPA II e o PARP.

⁸⁹⁷ Vide os Relatórios: The International Bank for Reconstruction and Development, Doing Business 2011, Mozambique: Making a difference for Entrepreneurs, Banco Mundial e International Finance Corporation, 2010. e African Development Bank Group and the Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development, African Economic Outlook 2009, in <http://africaneconomicoutlook.org>, 2009.

Estas normas foram depois regulamentadas através do Decreto n.º 55/2000, de 27 de Dezembro. Consequentemente, adopta a Lei n.º 7/1998, de 15 de Junho, que estabelece normas de conduta aplicáveis aos titulares de cargos governativos e explicita os seus deveres e direitos, reconhecendo as exigências especiais do seu exercício e o seu respectivo Regulamento através do Decreto n.º 48/2000, de 5 de Dezembro.

Em 2004, o Governo através do legislador adopta a Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, introduzindo mecanismos complementares de combate aos crimes de corrupção e participação económica ilícita.

Não obstante, a Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, infelizmente não contemplava a figura do desvio de fundos (previsto no artigo 313 do Código penal e na Lei n.º 1/79, de 11 de Janeiro – sobre o desvio de fundos do Estado), o tráfico de influências (previsto no n.º2, do artigo 452 do Código Penal e no artigo 2, da Lei n.º 6/90), o enriquecimento ilícito, o branqueamento dos produtos de corrupção e restringia o âmbito da sua aplicação ao sector público, deixando de fora o privado.

Em boa verdade, a Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, resulta da pressão dos doadores, no sentido de ver a reforma legal anti-corrupção acelerada⁸⁹⁸.

Face a esta pressão, o Governo através da Assembleia da Republica ratifica alguns instrumentos internacionais, tais como: Protocolo da SADC contra a Corrupção, ratificada pela Resolução n.º 33/2004 de 9 de Junho; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pela Resolução n.º 31/2006 de 29 de Dezembro; Convenção da União Africana sobre prevenção e combate a corrupção, ratificada pela Resolução n.º30/2008, de 2 de Agosto e; Academia Internacional Anti-corrupção, Viena 23 de Dezembro de 2010, ratificada pela Resolução n.º 64/2013 de 29 de Dezembro.

Todavia, estes instrumentos ao abrigo do artigo 18º da Constituição da República de Moçambique de 2004, embora tenham o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República, na prática não têm tido o devido tratamento.

⁸⁹⁸ Vide estas e outras constatações sobre a pressão dos doadores no Relatório do Centro de Integridade Pública em Moçambique, Legislação Anti-Corrupção em Moçambique – Contributos à Melhoria do Quadro legal em Moçambique, 2008, op. cit. p.2

Esta desatenção para com estes instrumentos internacionais e o seu enquadramento justifica-se pelo facto das Convenções não apresentarem moldura penal para a punição dos crimes que tipificam.

Por outro lado, a Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho que surge como reforço ao pacote anti-corrupção criou o efeito inverso ou seja um retrocesso por ter omitido ou seja não tido em conta os outros crimes classificados como de corrupção.

Por exemplo, como já evidenciado atrás, o crime de desvio de fundos estava disposto nos artigos 313º do Código Penal e no artigo 2º da Lei n.º 1/79, de 11 de Janeiro.

Todavia, este tipo de crime está omissa na Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho. Esta omissão criou uma dualidade de interpretações sobre o alcance que o legislador quis dar a este tipo de crime e aos outros que também foram descartados.

Portanto, estas contradições normativas indicadas acima e a inércia do Governo em colmatar as lacunas identificadas, fez com que o ordenamento jurídico moçambicano fosse um terreno fértil para o desenvolvimento da corrupção, minando o esforço dos parceiros internacionais de cooperação e a ajuda humanitária e de desenvolvimento.

O tema da corrupção dentro das suas várias componentes e manifestações caracterizou o diálogo político entre os doadores e o governo moçambicano, no período da revisão do Acordo ACP – UE (2008 à 2012), e *“transformou-se num autêntico palco de confrontações entre a dimensão técnica (gestão das finanças públicas, redução da pobreza, prestação de serviços básicos) e a dimensão da ajuda externa (paz, processos políticos democráticos, independência da justiça, probidade da vida pública)”*⁸⁹⁹.

Esta tensão impulsionada pela corrupção e dada a inércia do Governo para o seu combate levou a um compromisso entre os doadores e o Governo moçambicano no sentido deste último transformar esta temática numa Acção de Governação de Março de 2010⁹⁰⁰ e inscrita no capítulo d) *Support Pillars: good governance, priority 2, of Combat*

⁸⁹⁹ CIP – Governação e Integridade em Moçambique – Problemas práticos e desafios reais, Maputo, Dezembro de 2013, p. 62.

⁹⁰⁰ Vide a Matriz de Acções de Governação de Março de 2010 – Ministério de Planificação e Desenvolvimento de Moçambique. A Matriz de Acções inscreve no capítulo III a acção sobre o Combate a Corrupção: 7. Legislação e a sua Implementação. 7.1. Submissão à Assembleia da República de um pacote legislativo na matéria de anti-corrupção, designadamente: a) Proposta de revisão da lei 6/2004 – Lei anti-corrupção;

corruption in public institutions, do documento do Fundo Monetário Internacional sobre *Poverty Reduction Strategy Papers (PRSPs)*⁹⁰¹ – *Mozambique*, que compreende o período entre 2011 e 2014.

O compromisso para o financiamento do orçamento geral do Estado, assim como a redução da pobreza ficou condicionado às acções concretas de promoção de valores e princípios éticos no Aparelho do Estado e nas instituições privadas, assim como na reforma do pacote anti-corrupção que compreendia os seguintes instrumentos⁹⁰²: Revisão da Lei n.º 6/2004, Lei Anti-Corrupção; Revisão do Decreto n.º 22/2005 que cria o Gabinete Central do Combate a Corrupção (GCCC); Revisão da Lei n.º 22/2007, Lei Orgânica do Ministério Público; Elaboração da Lei de Protecção das Vítimas, Denunciantes, Testemunhas e outros Sujeitos Processuais.

O compromisso entre os parceiros de cooperação e o governo moçambicano para o financiamento - a continuação da disponibilização da ajuda humanitária e de desenvolvimento - pressupõe por parte deste abordar de uma forma integrada, criteriosa e abrangente o quadro legal de anti-corrupção para que viabilize uma reacção penal efectiva contra a prática de actos de corrupção e para que as instituições de justiça estejam munidas de instrumentos necessários e multiformes para a acção.

A legislação moçambicana consagrada para lidar com o fenómeno de corrupção é tida como precária comparada com a que está a ser desenvolvida e implementada nos outros países.

Proposta das revisões das leis sobre declarações de bens dos titulares de cargos públicos (Lei n.º 4/90 e 7/98); Proposta de alteração pontual da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 22/2007); e Elaboração da Lei sobre Conflito de interesses. 7.2. Submissão à Assembleia da República de um pacote legislativo sobre protecção de testemunhas e denunciantes. 7.3. Reforço do Gabinete Central de Combate a Corrupção em competências, recursos humanos e financeiros.

⁹⁰¹ *Poverty Reduction Strategy Papers (PRSPs)* – Mozambique, do período de 2011 à 2014, quanto ao combate a corrupção nas instituições públicas, estabelece os seguintes objectivos estratégicos: 1. “Enhance transparency and accountability: Expand the number of government procurement contracts handled via competition; Implement the recommendations from the second National Survey on Governance and corruption; Implement the Extractive Industries Transparency Initiative; Publish data on disciplinary proceedings, broken down by sectors. 2. Strengthen internal and external control mechanisms: Improve the functioning of the internal control bodies, and publish and implement the recommendations from the internal inspections and audits; Audit a growing proportions of the State budget (OE) at all territorial levels; Publish and implement the recommendations of the external audits. Vide, p. 26 e 27 do Documento supra)

⁹⁰² ISSÁ, Abdul Carimo Mahomed, 2013, Lei de Probidade Pública, Anotada e Comentada, Kadimah Print, Cape Town, p.5.

Esta realidade faz com que as oportunidades de corrupção cresçam no dia-a-dia e os oportunistas estejam à aproveitar-se desta lacuna para enriquecerem-se a custa das doações e financiamentos dos parceiros de cooperação, ou seja, com as ajudas destinadas ao combate a pobreza absoluta.

A experiência internacional demonstrou que geralmente os países com uma legislação de anti-corrupção precária, a oportunidade de manipulação do orçamento (desvios de recursos e de aplicação) dentro dos poderes executivos, judiciais e legislativos para o benefício dos que detêm o poder são muito grandes⁹⁰³.

Eis os constrangimentos apontados pelos doadores que se materializam em normas de ajuda humanitária e de desenvolvimento e que passam a ser a fonte de Direito Internacional na legislação anti-corrupção moçambicana:

a) Revisão da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho - Lei sobre Anti-Corrupção e o Direito Internacional

A Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, pretendeu introduzir mecanismos complementares de combate aos crimes de corrupção e participação económica ilícita.

Todavia, não foi feliz ao deixar de fora figuras de crimes de corrupção consagrados nas Convenções Internacionais de que Moçambique ratificou e é juridicamente parte.

Não obstante, a Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, não tomou em consideração as obrigações do país face aos instrumentos internacionais ratificados e não contemplou no mínimo o conjunto de medidas que têm sido tomadas nos outros quadrantes para lidar com o fenómeno de corrupção.

- Os artigos 7º e 9º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, ao definir o crime de corrupção dentro de duas tipologias, corrupção passiva e activa⁹⁰⁴, limitou a

⁹⁰³ Centro de Integridade Pública em Moçambique, Legislação Anti-Corrupção em Moçambique – Contributos para uma Melhoria do Quadro legal em Moçambique, 2008, op. cit. p.3

⁹⁰⁴ Cfr., artigos 7º e 9º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, que dispõe o seguinte: “*As entidades previstas no artigo 2 que, por si ou entreposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitarem ou receberem dinheiro ou promessa de dinheiro ou qualquer vantagem patrimonial, que não lhes seja devido, para praticar ou não praticar acto que impliquem violação dos seus deveres do cargo serão punidos com pena de prisão maior de*

definição legal deixando de parte outros crimes de corrupção, tais como: o desvio de fundos (previsto no artigo 313º do Código penal e na Lei n.º 1/79, de 11 de Janeiro – sobre o desvio de fundos do Estado), o tráfico de influências (previsto no n.º 2, do artigo 452º do Código Penal e no artigo 2, da Lei n.º 6/90), o enriquecimento ilícito, o branqueamento dos produtos de corrupção.

- O artigo 2º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, ao estabelecer o âmbito da sua aplicação só abrange o sector público, exclui e deixa de fora o sector privado.

O Código Penal quando trata destas matérias nos artigos 318º, 321º e 323º, só o faz para a corrupção levada a cabo por funcionários ou empregados públicos e coloca de lado o sector privado.

Não obstante, as Convenções ratificadas pelo Estado moçambicano recomendam os Estados Partes à adoptar mecanismos para criminalizar a corrupção no sector privado.

- O artigo 19º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, cria o Gabinete Central de Combate à Corrupção subordinado ao Procurador-Geral da República com competências de conduzir inquéritos e investigações contra queixas e denúncias, promover, intimação de pessoas (através de autoridades judiciais), instrução preparatória, ordenar a detenção de pessoas, realização de buscas, gozar de livre acesso sem prévio aviso às instituições de Administração Pública.

Todavia, a lei só lhe confere o poder de acusar crimes de corrupção activa, passiva e de participação económica ilícita, colocando de fora os crimes de enriquecimento ilícito, tráfico de influência, peculato e crimes conexos.

dois a oito anos e multa até um ano” (n.º 1 do artigo 7º) e “Quem der ou prometer as entidades previstas no n.º 2, por si ou por entreposta pessoa, dinheiro ou outra vantagem patrimonial ou não patrimonial que a elas não sejam devidos com os fins indicados no artigo 8º, será punido com as penas daquela disposição” (n.º 1 do artigo 7º).

- O artigo 4º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, ao dispor que “a posse e o exercício das funções públicas com competências decisórias no Aparelho do Estado, na administração autárquica, nas empresas e instituições públicas, assim como a posse dos representantes do Estado nas empresas privadas participadas pelo Estados, são condicionados à apresentação de declaração de bens...”, exclui os órgãos do poder legislativo e do judicial (Deputados da Assembleia da República e das Assembleias Provinciais, magistrados dos ministérios públicos e judiciais).

Não obstante, a Lei n.º 4/90, de 26 de Setembro, Lei de conduta do dirigente superior do Estado, ao indicar os órgãos abrangentes à declaração de bens, embora excluindo os órgãos do poder judicial e o Presidente da República, incluía alguns do poder legislativo, tais como, o presidente da Assembleia da República e os membros da Comissão Permanente da Assembleia da República.

A obrigatoriedade do Presidente da República de declarar os bens foi estabelecida através da Lei n.º 21/92 de 31 de Dezembro, que fixa os direitos e deveres do Presidente da República em exercício⁹⁰⁵.

Seis anos mais tarde, em 1998, a Assembleia da República aprova a Lei n.º 7/98, de 15 de Julho, que estabelece as normas de conduta dos titulares de cargos governativos.

O artigo 1º da Lei supra indica os órgãos sujeitos à declaração de bens e exclui o Presidente da República e os órgãos do poder legislativo e judiciais. Portanto, se as leis que precedem a Lei de anti-corrupção já dispunham de listas muito mais amplas dos órgãos com obrigatoriedade de declarar bens e sendo esta Lei tida como de reforço das anteriores, esperava-se um alargamento dos órgãos e não o inverso ou seja a redução dos órgãos já abrangidos.

Esta realidade levantou o problema de interpretação sobre quais são, na verdade, os órgãos que devem obrigatoriamente fazê-lo.

⁹⁰⁵ O n.º 1 do artigo 7º da Lei n.º 21/92, de 31 de Dezembro, dispõe o seguinte: “O Presidente da República tem o dever de depositar anualmente, junto do Conselho Constitucional, uma declaração indicando o seu património e demais rendimentos”

- O artigo 4º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, dispõe que a declaração de bens e valores dos órgãos abrangidos deve *“ser depositada no arquivo próprio do serviço”*.

O artigo 3º, do Decreto n.º 22/2005, de 22 de Junho, que regulamenta a Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, vem especificar, estabelecendo que a responsabilidade pela guarda e sigilo da Declaração compete ao *“superior hierárquico e serviço respectivo de Estado, ao presidente da autarquia e ao presidente do conselho de administração ou entidade equiparada das empresas ou das instituições públicas”*.

Esta regulamentação cria equívocos sobre o local de depósito das declarações dos superiores hierárquicos que são guardiões das declarações dos seus súbditos.

Por outro lado, cria problemas de interpretação sobre o disposto nos instrumentos precedentes que indicam inequivocamente o local onde devem ser depositadas as declarações de bens e valores, a saber, o n.º1, do artigo 3º, da Lei n.º 4/90, o n.º1, do artigo 7º, da Lei n.º 21/92 e n.º 3, do artigo 6º, da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, estabelecem que compete ao Conselho Constitucional receber e fiscalizar as declarações de bens.

O artigo 3º, do Decreto n.º 22/2005, de 22 de Junho, não confere aos superiores hierárquicos a competência de fiscalizar e nem estão vocacionados para o efeito – estes são meros guardiões. Por outro lado, ao analisar-se as competências do Conselho Constitucional, dispostos no artigo 6º, da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, conclui-se que a função primordial deste órgão é analisar a constitucionalidade dos actos legislativos e normativos emanados pelos órgãos do Estado e dirimir conflitos de natureza eleitoral.

Portanto, ao atribuir-se estas funções ao Conselho Constitucional, dada a sua natureza, é vista como uma falta de vontade por parte do legislador ou um escamoteamento da realidade, adiando assim o combate ao fenómeno - corrupção.

Na verdade, o epicentro da corrupção praticada por titulares de cargos públicos localiza-se na execução orçamental do Estado e na gestão da coisa pública.

Está provado que os actos ilícitos ou de improbidade administrativa passam pela realização de despesas sem a observância de regras orçamentais, desvios de fundos e de aplicação, pagamentos indevidos, sobrefacturar, a violação de regras de *procurement*, celebração de contratos sem submetê-los a fiscalização do Tribunal Administrativo ou seja, tudo isto feito com a pretensão única de cobrança de comissões ou gratificações indevidas⁹⁰⁶.

Assim, partindo destas constatações simples fica claro que o órgão ou instituição vocacionado para receber e fiscalizar as declarações de bens e valores, não seria o Conselho Constitucional mas sim o Tribunal Administrativo ou o Gabinete Central do Combate a Corrupção.

Por outro lado, o Decreto n.º 22/2005, de 22 de Junho, deixou de estabelecer sobre quais os cargos que tem competência decisória, para o efeito da obrigatoriedade de declaração dos bens.

- O n.º 4, do artigo 4º, da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, dispõe que a declaração de bens depositada no arquivo próprio do serviço, “...*pode ser requisitada a qualquer momento para procedimentos disciplinares ou criminais*”.

Não obstante, dispõe o n.º 5, do artigo 7º, da Lei 7/78 que “*as declarações de bens estão cobertas pelas normas de segredo de justiça, sendo a sua divulgação indevida é sancionada nos termos da Lei*”.

As declarações são confidenciais e só um grupo de órgãos pode ter acesso aos mesmos, tais como: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Procurador-Geral da República.

Esta confidencialidade faz com que as declarações não sejam públicas. Esta restrição coacta qualquer tipo de fiscalização independente, ficando esta voltada

⁹⁰⁶ Centro de Integridade Pública em Moçambique, Legislação Anti-Corrupção em Moçambique – Contributos para uma Melhoria do Quadro legal em Moçambique, 2008, op. cit. p. 9,

aos próprios órgãos do Governo, ou seja, a comunicação social, as organizações civis e os partidos políticos estão à partida vedados a qualquer tipo de investigação e fiscalização.

- A Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, não dispõe sobre o conflito de interesses. Todavia, vários instrumentos regulam estas matérias de uma forma dispersa⁹⁰⁷.

O conflito de interesse assim regulado não faz um corpo coeso e claro nas suas diversas vertentes.

Por exemplo, a legislação só impede aos titulares de cargos públicos de intervir nas decisões em que tenham interesse directo ou indirecto ou de pessoas próximas, no período que exercem o poder.

Não obstante, esta limitação não tem efeitos sobre o período pós-executivo. Esta lacuna é grave, visto que o titular do cargo público pode enquanto detém o poder decidir sobre situações do seu interesse no futuro ou que possam vir a beneficiar no período pós-executivo.

- O artigo 33º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, estabelece que o Conselho de Ministro deve regulamentar a presente lei dentro de seis meses.

Esta Lei foi regulamentada através do Decreto n.º 22/2005, de 22 de Junho. Este Decreto regulamenta o Gabinete Central do Combate a Corrupção.

Continua uma grande lacuna no tocante aos instrumentos de base para a prevenção e combate a corrupção, por exemplo; o Códigos de Conduta específico

⁹⁰⁷ Cfr., Lei n.º 4/90, proíbe o exercício de actividades remuneradas sem prévia autorização; o artigo 4º, da Lei n.º 7/98, proíbe os titulares de cargos governativos exercer actividades remuneradas, administrativas e de gestão de negócios e actividades ainda que não remuneradas mas relacionadas com a esfera de decisão do cargo que ocupam; Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro – Normas de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública. Esta contém impedimentos e suspeições, nos quais se limita aos titulares de cargo público de intervir nas decisões em que tenham interesse directo ou indirecto ou de pessoas próximas; Decreto n.º 28/2005, de 25 de Agosto – Estatuto de Gestores Públicos – o n.º 1, do artigo 8º, limita aos titulares de cargos públicos de intervir em decisões em que tenha interesses. O artigo 4º, do mesmo Decreto, proíbe os gestores públicos de exercerem outras actividades profissionais quer sejam remuneradas quer não; O Decreto 19/2005, de 22 de Junho – Regulamento de Procedimentos de Fiscalização Tributária – impede os gestores de decidir em situações de interesse ou afinidade parentesco.

para os funcionários públicos⁹⁰⁸ (que defina aspectos específicos como integridade, transparência, prestação de contas, conflito de interesses, gestão financeira, acesso a informação governamental) e códigos a nível sectorial (aparelho judicial, saúde, educação e autoridade - tributária⁹⁰⁹).

- A Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, não dispõe sobre publicações dos Actos do Governo. Não obstante, o n.º 2, artigo 82º do Decreto n.º 54/2005, de 13 de Dezembro, estabelece a obrigatoriedade de publicar os actos de adjudicação, invalidação ou de cancelamento dos contratos públicos.

O Governo até então publica documentos de aprovação dos actos e contratos por meio de resoluções e através do Boletim da República. Por outro lado, o Governo criou um portal na internet (www.concursospublicos.gov.mz) onde são anunciados estes concursos e contratos.

Todavia, os pareceres do Tribunal Administrativo sobre contas do Estado, os contratos com os investidores estrangeiros, os contratos de adjudicação de serviços de grande valor comercial e concessões de exploração de empreendimento na área mineira (gás, petróleo e mineração) não são publicados.

- O n.º 1 do artigo 13º da Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, dispõe que “*nenhum queixoso ou denunciante pode ser sujeito a medida disciplinar ou prejudicado na sua carreira profissional...ou perseguido em virtude da queixa...*”. Todavia, não diz como deve ser feita esta protecção e falta adoptar medidas legislativas e outras para proteger os denunciantes e as testemunhas, de acordo com os instrumentos internacionais por ele adoptados⁹¹⁰ e que é parte.

⁹⁰⁸ Quanto a esta matéria existe alguma legislação dispersa, como por exemplo: O Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado – Lei n.º 14/2009 de 17 de Março. Normas Éticas e Deontologia do Funcionário Público (Resolução n.º 10/97 de 20 de Junho. Estas normas referem a conduta geral que deve orientar o comportamento dos funcionários públicos).

⁹⁰⁹ O sector da Educação (os professores) e Autoridade Tributária, os inspectores do Estado (Diploma Ministerial n.º 247/2012 de 3 de Outubro) já criaram um código de conduta sectorial.

⁹¹⁰ Protocolo da SADC contra a Corrupção, ratificada pela Resolução n.º 33/2004; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pela Resolução n.º 31/2006 de 29 de Dezembro; Convenção da União

O compromisso entre o Governo e os Parceiros de Cooperação impulsionou o encontro entre o Direito Interno e o Direito Internacional e que resultou na introdução no ordenamento jurídico moçambicano as normas ou disposições:

- a) A revisão das legislações – Lei n.º 6/2004 (Anti-Corrupção), Lei n.º 4/90 e Lei n.º 7/98 (Declaração de bens dos titulares de cargos públicos) e a Proposta de Lei sobre Conflito de Interesses – submetidas pelo governo à Assembleia da República, foram fundidas e resultou numa única lei designada lei de Probidade Pública - Lei n.º 16/2012, de 14 de Agosto.
- b) A proposta do Governo para a alteração pontual da lei Orgânica do Ministério Público e o Estatuto dos Magistrados do Ministério Público – Revisão da Lei n.º 22/2007, de 1 de Agosto – para reforçar os poderes dos Gabinetes Central e Provinciais do Combate a Corrupção, assim como para acolher os depósitos, fiscalização e registos das declarações de rendimentos e patrimónios dos titulares dos órgãos públicos – resultou na Lei n.º 14/2012, de 8 de Fevereiro.
- c) A submissão do Governo à Assembleia da República de um pacote legislativo sobre matéria de protecção de testemunha e denunciante, que resultou na adopção da Lei n.º 15/2012, de 14 de Agosto - Lei de Protecção das Vítimas, Testemunhas e Outros Sujeitos Processuais, constitui um compromisso do Governo com os parceiros de cooperação⁹¹¹. Não obstante, a USAID solicitou para que este pacote

Africana sobre prevenção e combate a corrupção, ratificada pela Resolução n.º30/2008, de 2 de Agosto e; Academia Internacional Anti-corrupção, Viena 23 de Dezembro de 2010, ratificada pela Resolução n.º 64/2013 de 29 de Dezembro.

⁹¹¹ ISSÁ, Abdul Carimo Mahomed, 2013, Lei de Probidade Pública, Anotada e Comentada, op. cit., p.5.

fosse revisto e comparado com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e o seu Protocolo Adicional⁹¹².

8.2.2.8. Quadro Legal sobre Políticas Económicas e de Investimentos e o Direito Internacional Económico

A segunda reestruturação económica operada entre 1985 – 1994 criou os alicerces para a economia do mercado e ditou a estratégia para o desenvolvimento económico e humano de Moçambique.

As circunstâncias históricas e a conjuntura internacional face a realidade moçambicana - a pobreza absoluta, o endividamento externo que outrora era quatro vezes maior do que o PIB e o índice de desenvolvimento humano mais baixo do mundo – ditou pela opção da estruturação económica mista.

Por um lado, olhando para as necessidades e a procura externa abriu-se para o mercado externo para dele tirar vantagens.

Por outro lado, olhando para a satisfação das necessidades da população procurou privilegiar o crescimento do mercado interno.

Esta viragem na estratégia da estruturação da economia moçambicana possibilitou ao Estado desencadear reformas económicas e sociais, tais como, por exemplo, criação de um clima favorável ao investimento privado, nacional e estrangeiros e, impulsionar as privatizações.

Todavia, estas reformas económicas não acompanharam o desenvolvimento da administração pública e da governação fazendo que estes não assumam devidamente o seu papel como gestor e regulador do mercado.

Esta fragilidade do poder administrativo e governamental influenciou negativamente o desenvolvimento do mercado interno, quanto a produção e a

⁹¹² PEREIRA, Pedro Gomes e TRINDADE, João Carlos, 2012, Visão Geral e Análise do Pacote Legislativo de Anti-Corrupção de Moçambique – Análise Jurídica – Basel Institute on Governance, p. 3, in www.baselgovernance.org, acedido no dia 23 de Março de 2014.

produtividade, capaz de responder e reverter a situação da dependência e do endividamento externo.

Esta realidade, pouco a pouco, conduziu o país para uma estruturação económica mais virada para o exterior – ao serviço dos interesses e prioridades do exterior, na perspectiva de obter um rápido crescimento económico e que através deste pudesse impulsionar o desenvolvimento económico que o país almeja.

Esta política ou estratégia, no âmbito dos investimentos, abriu espaço para a atracção dos mega-projectos⁹¹³ e as empresas multinacionais na exploração dos recursos naturais⁹¹⁴.

O Estado moçambicano fragilizado economicamente e a braços com graves problemas sociais e humanos, necessitando de ajuda económica internacional, quer quanto à negociação dos contratos com os mega-projectos quer na reforma legislativa empresariais, acaba por ser capturado e condicionado a admitir cláusulas e normas no seu ordenamento jurídico, sem as quais a ajuda ou o investimento não poderia efectivar-se, ou seja, o País teve que adoptar normas internacionais ditadas pelas organizações económicas internacionais e empresas multinacionais como fonte de Direito Internacional.

Moçambique, no âmbito dos programas de ajustamento estrutural acordados com as instituições de Bretton Woods – componente de investimentos – tem vindo a beneficiar de apoio orçamental para os programas de reforma económica através da União Europeia.

A estratégia de apoio da União Europeia incide sobre o orçamento do Estado contra a prática comum dos doadores cujo apoio de financiamento das despesas de investimento eram feitas a margem do orçamento do Estado.

A União Europeia justifica esta estratégia com base nos resultados da experiência de mais de duas décadas com os países do ACP.

⁹¹³ Destaca-se nesta primeira fase a MOZAL.

⁹¹⁴ Concretamente, as multinacionais, Vale, Rio tinto, Sasol e outras.

Esta estratégia da EU benéfica a ambos, Governo e a própria EU, quanto ao controlo, isto é, o fundo canalizado via orçamento permite ao próprio Governo ter uma visão completa sobre os projectos, a sua planificação, monitorização e responsabilização.

Ao contrário, quando estes apoios são via projectos extra-orçamental acabam por não entrar na planificação nacional e consequentemente difícil de controlo e fiscalização por parte da Assembleia da República.

De acordo com a União Europeia esta estratégia de ajuda ao investimento através do apoio directo ao orçamento do Estado para os programas das reformas permitem uma redução substancial dos défices orçamentais e a eliminação das isenções fiscais e pautais discricionárias *“que tem vindo a dificultar a criação de condições equitáveis para os agentes do sector privado e um aumento da estabilidade no sector bancário”*⁹¹⁵.

Os doadores no âmbito da ajuda aos programas de reforma económica - atracção dos investimentos para os países em desenvolvimento – dispõem de um quadro de actuação específico para a cooperação económica.

Dentro deste quadro destaca-se a boa governança que os Estados devem prosseguir nas suas instituições ou seja os Governos *“devem aplicar as políticas económicas de uma forma coerente e sã e a criação de um ambiente macro económico estável, acompanhado por um sólido quadro jurídico e regulamentar que ofereça protecção face à coacção do Estado, às condutas arbitrais e à corrupção”*⁹¹⁶.

Por outro lado, os Estados devem preferencialmente adoptar certos instrumentos internacionais, tais como, as Convenções da OIT, uma boa gestão dos seus recursos florestais, etc.

A observância destas normas da União Europeia pelos países em desenvolvimento, os tornam elegíveis para beneficiarem das ajudas dentro do sistema de preferências generalizadas (SPG) instituídos pela União Europeia.

⁹¹⁵ Vide Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Governança e Desenvolvimento, op. cit., p. 8.

⁹¹⁶ Ibidem, p.9.

Por exemplo, os Estados em desenvolvimento gozam do privilégio de colocar as suas mercadorias no espaço da UE beneficiando de direitos pautais mais baixos que os aplicados aos países industrializados.

a) Lei de Investimentos - Lei n.º 3/93, de 24 de Junho e o Direito Internacional

O Estado moçambicano aquando da viragem para a economia do mercado (1983 – 1984) viu-se na contingência de alargar a actividade económica outrora centralizada no Estado aos potenciais investidores estrangeiros e nacionais privados.

O sinal deste alargamento ou abertura deu-se com a aprovação da Lei sobre o investimento estrangeiro – Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto.

O Estado moçambicano reconhece que o subdesenvolvimento que o apoqueta só seria vencido através da conjugação de vários esforços nacionais e internacionais. Portanto, na introdução da Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto, afirma claramente que a criação da nova fonte de riqueza para vencer o subdesenvolvimento passa necessariamente pela conjugação das capacidades nacionais, com a tecnologia e os meios financeiros estrangeiros.

O legislador vai buscar como fonte de Direito Internacional para a criação da Lei de investimento estrangeiro a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados aprovado na Assembleia das Nações Unidas e incluída na resolução 3281 (XXIX) e fundamenta advogando que esta necessidade é um imperativo constitucional⁹¹⁷.

Dentro da conjugação das capacidades nacionais e estrangeiras, o legislador cria em 1987 a Lei n.º 5/87, de 19 de Janeiro – a Lei de investimento privado que estabelece as garantias e incentivos aos investidores nacionais privados no interesse da economia nacional.

O legislador com esta Lei procura estabelecer um equilíbrio entre os investidores (estrangeiro e nacional).

⁹¹⁷ Cfr., Introdução da Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto – sobre o Investimento Estrangeiro.

Todavia, pelo disposto nas duas Leis os incentivos e garantias de investimentos para os estrangeiros são mais atractivos que os estabelecidos para os nacionais⁹¹⁸.

Para os estrangeiros estabelece-se uma abertura geral quanto aos incentivos fiscais e aduaneiros contra fortes condicionalismos impostos aos nacionais.

Esta discrepância de garantias e incentivos fiscais e aduaneiros entre os dois tipos de investidores responde a política do Governo para a atração e a criação ou a captação de divisas estrangeiras.

Não obstante, a Lei n.º 5/87, de 19 de Janeiro, que estabelece os incentivos aos investidores nacionais privados foi adoptada em 1987, três anos mais tarde em relação a Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto.

Este facto encontra a sua explicação dentro das Directivas Económicas e Sociais do Partido Frelimo que resultaram do debate e pressão do empresariado nacional quanto as garantias e incentivos para a produção e produtividade.

As Directivas Económicas e Sociais definiram com clareza o papel da actividade privada, quer na agricultura, quer na indústria transformadora e estabeleceu o tipo de apoio a dar aos investidores nacionais privados, não como direito mas como prémio, ou melhor, como incentivo para aqueles que invistam dentro das áreas prioritárias e estratégicas definidas pelos órgãos centrais de tutela do sector económico e que demonstrem a sua robustez e o empreendedorismo.

Esta posição tomada pelo Governo face ao empresariado nacional privado vislumbra o modelo político económico da estruturação económica mais virada para o exterior, na perspectiva de obter um rápido crescimento económico para responder os problemas orçamentais e o balanço de pagamento.

⁹¹⁸ A Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto – Investimento Estrangeiro – estabelece nos artigos 19º, 20º, 21º e outros, vários incentivos aos investimentos estrangeiros, tais como, por exemplo: isenção de pagamento de direitos alfandegários na importação “*quer temporária quer definitiva, de bens necessários a realização de estudos para a fundamentação do investimento e para a implementação do projecto; na importação de matéria-prima e subsidiárias para a produção de bens destinadas a exportação*”. Mais, quanto aos salários estão isentos de impostos “*as remunerações de trabalho auferidos pelos técnicos estrangeiros contratados para a realização de estudos para a fundamentação e implementação do empreendimento...*”

O encontro entre o Direito Interno e o Direito Internacional de acordo com a Lei de Investimentos - Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto – descaracterizou a relação entre estes dois instrumentos quando esta se polariza, ou seja, toma uma única vertente a estrangeira ou internacionalista, descurando ou descriminando outros sujeitos de Direito Internacional.

Esta realidade discrepante tomada pelo legislador foi ditada pela dinâmica da viragem, no âmbito das reformas económicas governamentais lideradas pelas instituições da BWs que culminaram com a adopção de uma política económica mais aberta e competitiva entre os investidores estrangeiros e nacionais.

De facto, toda e qualquer competitividade que se pretenda justa e transparente deve partir de uma base igualitária de deveres e direitos ou seja de incentivos e benefícios iguais para todos os participantes.

Dentro destes princípios e à luz da nova Constituição democrática de 1990 que acolheu as políticas neoliberais da economia do mercado e o catálogo dos direitos fundamentais, que o legislador constituinte viu-se constrangido face ao tratamento diferenciado imposto aos investidores e mais, anticonstitucional, que o levou a uma revisão da legislação de investimentos.

O legislador em substituição da Lei anticonstitucional de Investimentos - Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto - cria um quadro legal básico, ou seja, um pacote legislativo uniforme do processo de realização, na República de Moçambique, de investimentos nacionais e estrangeiros elegíveis ao gozo das garantias e incentivos neles previstos.

Este pacote legislativo é composto por seguintes instrumentos: Lei n.º 3/93, de 24 de Junho – Lei de investimentos; Decreto n.º 12/93, de 21 de Julho – Aprova o Código dos Benefícios Fiscais; Decreto n.º 14/93, de 21 de Julho – Regulamento da Lei de investimento; Decreto n.º 18/93, de 14 de Setembro - Aprova o Regulamento das Zonas Francas Industriais; Decreto n.º 45/96, de 22 de Outubro – Altera algumas disposições do Decreto n.º 12/93, de 21 de Julho Código dos Benefícios Fiscais; Decreto n.º 62/99, de 21 de Setembro – Regulamento das Zonas Francas Industriais; Diploma Ministerial n.º

14/2002, de 30 de Janeiro – Regulamento do Regime Aduaneiro das Zonas Francas Industriais; Decreto n.º16/2002, de 27 de Junho – Código dos Benefícios Fiscais.

Este pacote legislativo sobre investimentos em moçambique teve como fonte de Direito Internacional as políticas neoliberais de economia de mercado e as recomendações das instituições da BWs e do Fundo Monetário Internacional.

8.2.2.9. A Legislação Comercial e o Direito Internacional

a) Decreto-Lei n.º 02/2005, de 27 de Dezembro – Código Comercial de Moçambique

O pacote legislativo sobre o incentivo ao investimento ditou a revisão do Código Comercial de 26 de Junho de 1888, desajustado a realidade e que ao longo do século viu muitas disposições e capítulos revogados e outros substituídos com a legislação avulsa e dispersa.

Para acomodar a evolução do Direito Comercial Internacional e o incentivo ao investimento, o Governo de Moçambique beneficiou de apoio financeiro para a revisão do instrumento afim de adequa-lo as exigências do mercado e incentivo aos investimentos.

Para o efeito, o Governo lançou um concurso internacional, em 1989, para a revisão do Código Comercial que foi adjudicado ao consórcio in Murray ICC – Austral.

Todavia, a proposta entregue pelo consórcio ao Governo, em 2000, não foi ao encontro dos objectivos preconizados pelo Governo⁹¹⁹, pelas instituições de BWs e doadores, no âmbito das reformas económicas (quer à nível de forma quer à nível da substância).

Para a reformulação e correcção da versão da proposta elaborada pelo consórcio foi criada uma Comissão Técnica que teve como fonte indirecta de Direito Internacional

⁹¹⁹ Vide, a nota Introdutória do então Director da UTREL, Dr. Abdul Carimo Mahomed Issá, no Código Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 02/2005, de 27 de Dezembro, Unidade Técnica da Reforma legal, 2006, Gabinete para as Relações Internacionais, Lisboa, p.5.

o Código Comercial de Macau cujos pressupostos respondiam os objectivos preconizados pelo legislador de entre outros, promover um ambiente de negócio favorável ao desenvolvimento económico do país.

Não obstante, o n.º2, do artigo 2 da Lei 10/2005, de 23 de Dezembro, dispõem de entre outros objectivos subjacentes a revisão do Código Comercial que constituíam o epicentro da reforma recomendados pelas instituições de BWs e assumidos pela Assembleia da República, os seguintes: “adequar a Lei ao princípio Constitucional de igualdade entre o homem e a mulher; estabelecer formas para permitir que os incapazes por menoridade, possam exercer uma actividade comercial...; adequar a Lei moçambicana às novas tendências e ao contexto regional e internacional; ...”.

O legislador moçambicano ao rever o Código Comercial, de acordo com as recomendações, apercebeu-se da similitude material entre os dois Códigos Coloniais de Moçambique e do Macau, ambos de 1888 e carregados de sua história e saber e que a evolução económica fez com que estes dois Códigos parassem no tempo e no espaço, face a modernidade e a evolução da sociedade mercantil.

O Código Comercial de Macau tendo sido revisto através do Decreto-Lei n.º 40/99M, de 3 de Agosto, procurou inspirar-se e conciliar o melhor da legislação mercantil dos dois grandes sistemas romano-germânico e anglo-saxónico para responder a nova lex mercatória e a tendência unificadora do direito comercial na sociedade contemporânea⁹²⁰.

Esta viragem e inovação que caracteriza o Código de Macau, foi transposta para a realidade moçambicana para a internacionalização desta, ou seja, para o encontro com o novo sistema económico internacional dentro da azáfama de atrair mais investimentos estrangeiros e nacionais privados, para o desenvolvimento da sua economia.

Portanto, o legislador moçambicano tomou como fonte indirecta do Direito Internacional o Código Comercial de Macau para a criação do seu próprio Código

⁹²⁰ Vide, § 6, da introdução do Decreto-lei n.º 40/99M, de 3 de Agosto – Código Comercial de Macau.

Comercial, onde se constata transcrições *ipsis literis* das disposições contidas no Código Comercial⁹²¹.

O desenvolvimento do sector privado e o dinamismo sócio-económico, ocorridos nos últimos anos impôs a adequação do Código Comercial as tendências modernas do comércio internacional, assim como a necessidade de se responder as exigências ditadas pela integração no mercado regional.

O novo Código Comercial - Lei n.º 02/2005, de 27 de Dezembro, teve o mérito de estabelecer a viragem da economia centralizada para a economia de mercado.

Não obstante, não respondeu cabalmente as exigências do mercado livre e aos imperativos do investimento estrangeiro e privado nacional.

Todavia, a Lei n.º 02/2005, de 27 de Dezembro, ditou a alteração aos Códigos Civil, Processo Penal, Registo Comercial e do Notário e a Lei do inquilinato, abolição de escritura pública para diversos actos, introdução de secções especiais no aparelho judiciário para lidar com matéria especificamente comercial, alargamento de funções notariais à diversas áreas, revisão a Lei de Trabalho de 1998, alterações no processo de licenciamento de actividades económicas, abolição da obrigatoriedade da publicação dos actos referentes as sociedades comerciais no Boletim da República, informatização das Conservatórias de Registo Comercial.

O esforço empreendido pelo Governo moçambicano para o relançamento da economia e atracção dos investidores estrangeiros e nacionais através destas reformas não alterou significativamente a posição ou lugar de Moçambique na lista dos indicadores sobre o “*Doing Business*”.

⁹²¹ Da análise feita pode-se constatar, por exemplo e a título ilustrativo, o seguinte: Do Livro I, o Decreto-Lei n.º 40/99M, de 3 de Agosto, Código Comercial de Macau (CCMac) e o Decreto-Lei n.º 02/2005, de 27 de Dezembro, Código Comercial de Moçambique (CCMoz), os artigos 1º (Empresários Comerciais) e 2º (Empresa Comercial) ambos do CCMac são iguais aos artigos 2º e 3º do CCMoz; o artigo 5º (Quem pode ser empresário Comercial) do CCMac é igual ao artigo 9º do CCMoz; os artigos 12º e 13º (Obrigações especiais dos empresários comerciais) do CCMac é igual aos artigos 16º e 17º do CCMoz; o artigo 211º (Exame judicial a sociedade) do CCMac é igual ao artigo 124º do CCMoz; o artigo 390º (Sociedade por quotas unipessoais) do CCMac é igual ao artigo 328 do CCMoz e; assim sucessivamente.

Por exemplo, em 2004, de acordo com o Relatório do Banco Mundial, mostrava que eram necessários no mínimo 214 dias para se poder iniciar um negócio em Moçambique.

Não obstante, no âmbito do Quadro Integrado para a Assistência Técnica na Área do Comércio⁹²² para os países menos desenvolvidos adoptado pelos Ministérios do Comércio da Organização mundial do Comércio (OMC), em 2000, cujas acções compreendiam a identificação das barreiras à expansão do comércio e a prestação de assistência técnica para a remoção das mesmas, Moçambique foi contemplado por esta iniciativa e programa de ajuda da OMC.

Alguns resultados dos estudos sobre a identificação das barreiras à expansão do comércio estão patentes no documento da USAID, cujo título é “*Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique*” de 2004⁹²³ que recomenda a adopção de uma política e de um ambiente regulador mais favoráveis ao comércio.

Não obstante, o documento recomenda a formulação de uma estratégia para o crescimento rápido das exportações, para criar oportunidades económicas e atracção de investimentos estrangeiros e nacionais⁹²⁴.

Quanto a estratégia de melhorias das políticas do comércio e industria, o Governo tem estado a beneficiar de pesquisa através do Projecto de Assistência a gestão de mercado, financiado pela UE e pela Unidade Técnica dos Protocolos Comerciais da (UTCOM), financiado pela USAID.

As instituições da BWs, no âmbito das reformas da economia, tendo se nas recomendações dos estudos feitos sobre as barreiras à expansão e crescimento do comércio em Moçambique, privilegiou a componente de incentivos ao investimento estrangeiro e nacional privado, visando o crescimento rápido das exportações.

⁹²² O Quadro Integrado é composto por seis agências, nomeadamente: a Organização Mundial do Comércio, o Fundo Monetário Internacional, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Banco Mundial e o Centro do Comercio Internacional e doadores multilaterais e bilaterais.

⁹²³ Vide, USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique – estudos de diagnóstico sobre a integração do comércio na redução da pobreza. Estudo feito por um grupo de consultores sob a égide da USAID – Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional, em 2004.

⁹²⁴ Vide o documento, USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit. p.1.

A liberalização do comércio e a eliminação das barreiras iria elevar a aceitação e a integração da economia moçambicana na economia mundial.

Para o efeito, as IBWs tomaram como ponto de partida e como norma e condição da ajuda ao desenvolvimento a adopção da lei de investimentos, Lei n.º 3/93 de 24 de Junho, que fora objecto de revisões, o Decreto n.º 62/99, de 21 de Setembro, Regulamento das Zonas Francas Industriais, o Diploma Ministerial n.º 62/99, de 21 de Setembro, Regulamento do Regime Aduaneiro das Zonas Francas Industriais, o Decreto n.º 16/2002, de 27 de Junho, Código dos Benefícios Fiscais. Consequentemente, o legislador viu-se na contingência de criar os “mega projectos” para atrair e acomodar as corporações multi e transnacionais dentro da estratégia de crescimento económico através das exportações nacionais e a substituição das importações através da produção interna⁹²⁵.

Os “mega projectos”, no âmbito da estratégia de desenvolvimento económico, ocuparam um lugar cimeiro, ou seja, foram consideradas a pedra angular para a criação da estrutura económica sólida num país em mudanças políticas e económicas.

Os “mega projectos” constituem uma base catalisador das economias em desenvolvimento, quer quanto ao acesso ao capital via investimento estrangeiro directo, quer quanto ao acesso as tecnologias – *know-how* – ou seja, transferência de tecnologias e criação de força de trabalho qualificado e consequentemente, quer quanto ao acesso as boas práticas de organização de produção e de gestão competitivas⁹²⁶.

Os programas de reforma económicas lideradas pelas instituições da BWs e no âmbito da ajuda ao desenvolvimento de infra-estruturas básicas de saúde, educação, água, saneamento e estradas, permitiu a flexibilização da legislação comercial com o intuito de eliminar os obstáculos, a fim de atrair mais investimentos estrangeiros e com estes, o aumento das exportações.

⁹²⁵ O Governo, no âmbito desta estratégia, criou no início, por exemplo, a Zona Franca Industrial da MOZAL, através do Decreto n.º 45/97, de 23 de Agosto; Zona Franca Industrial do Projecto de Áreas Pesadas de Moma, através do Decreto n.º 45/2000, de 8 de Novembro; Zona Franca Industrial do Projecto de Ferro e do Aço de Maputo, através do Decreto n.º 7/2001 de 6 de Março; Zona Franca Industrial do Projecto Limpopo Corridor Sands, através do Decreto n.º 7/2002, de 7 de Maio. Com estas Zonas Francas Industriais seguem tantas outras.

⁹²⁶ CASTELO-BRANCO, Carlos (2002) *Mega-Projectos e Estratégia de Desenvolvimento*, op. cit. p.11.

Todavia, os “mega-projectos”, atraídos pelos incentivos fiscais e constituídos dentro das Zonas Francas Industriais ou em Zonas Económicas Especiais lograram o aumento das exportações do país, mas contrariamente o capital ou os recursos gerados pelas mesmas não reverteram para o desenvolvimento do país, pelo contrário retornaram aos países de origem através dos paraísos fiscais⁹²⁷.

Dentro da política e estratégia de desenvolvimento económico e no tocante ao aumento das exportações através das pequenas e médias empresas⁹²⁸, as instituições da BWs, no âmbito da ajuda, desenvolveram um programa de apoio as mesmas tendo estabelecido como condição a liberalização da exportação da castanha de caju em bruto.

O Governo no estrito cumprimento das normas da ajuda ao desenvolvimento, embora reconhecendo os efeitos sociais, económicos e laborais desta norma, permitiu a liberalização da exportação da castanha em bruto. As consequências desta medida foram nefastas na sociedade.

A Assembleia da República constrangida com esta realidade chamou para si esta medida tendo sido objecto de revisão⁹²⁹.

O Código Comercial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro, é apontado como sendo o ponto de viragem no sistema económico moçambicano para a economia do mercado.

Este contribuiu grandemente para a abertura e sedimentação do ambiente de negócios em Moçambique.

Embora não se possa falar da melhoria do ambiente de negócio em Moçambique, com este instrumento tornou-se possível identificar claramente os constrangimentos ou

⁹²⁷ As Zonas Francas Industriais constituem uma fonte de exploração e drenagem de recursos que podem criar uma dependência económica e financeira, assim como a possível alienação do poder político a favor das corporações multi e transnacionais e dos agentes provedores da ajuda externa ao desenvolvimento nos países hospedeiras.

⁹²⁸ O GAPI é uma instituição vocacionada para o apoio aos pequenos projectos de micro-finanças e as MPEs. O GAPI é financiado pelos doadores e pelos fundo públicos. Esta disponibiliza cerca de USD 14.000,00 as pequenas e medias empresas.

⁹²⁹ Esta norma de ajuda ao desenvolvimento – a liberalização da exportação da castanha em bruto - resultou no encerramento de todas fábricas de processamento de caju e com uma perda de cerca de 15.000 postos de trabalho, maioritariamente nas zonas rurais. Vide, CASTELO-BRANCO, Carlos, 2011, “Dependência de Ajuda Externa, Acumulação e Ownership – Contribuição para um debate de economia Política, p.37

barreiras que desincentivam os investidores estrangeiros e nacionais privados no desenvolvimento dos seus negócios.

Em suma, são apontados como os principais constrangimentos que retraem os investidores, a burocracia excessiva para a obtenção das autorizações, licenças e taxas especiais para iniciar e desenvolver negócios em Moçambique e como consequência o aumento dos custos de fazer negócios.

Estudos realizados depois da implementação do Código Comercial, indicam, de acordo com o relatório do Banco Mundial que, em 2007, Moçambique num total de 175 países, posicionou-se em 153 lugar no “*Starting business*”, ou seja para se iniciar um negócio em Moçambique eram precisos 14 etapas, 153 dias e 237 dólares americanos.

Comparando este posicionamento com a África do Sul, dentro dos mesmos elementos, este posiciona-se no 57º lugar, 9 etapas, 35 dias e 227 dólares americanos sem nenhum capital mínimo requerido⁹³⁰.

Os constrangimentos apontados pelos doadores para a melhoria do ambiente de negócios em Moçambique, de entre outras são os seguintes:

- O Código Comercial não define o que seja pequena, média e grandes empresas. Este remete a definição de pequenos empresários a ser feita através de um decreto (Cfr., n.º 2, do artigo 17 do CCMoz);
- As categorias ou classificações das empresas deixam fora outras categorias tais como: responsabilidades limitadas, cooperativas, propriedade estatal, associações, fundações, ONGs Locais e estrangeiras;
- O período estipulado pelo artigo 169º do Código Comercial de 2005 quanto ao início e duração do exercício das contas da sociedade, devia ser mais flexível. A

⁹³⁰ OIT – A Relação entre a Lei do Trabalho e o Desenvolvimento e Crescimento de Micro, Pequenas e Médias Empresas (MMPEs) – Estudo de Caso: Moçambique – Relatório Implementado pela OIT, Outubro de 2008, p. 20

legislação fiscal já flexibilizou o período de exercício quanto aos impostos⁹³¹. Aconselha-se para o efeito e no âmbito técnico normativa que houvesse harmonização.

- As micro-indústrias estão isentas do registo para iniciarem a sua actividade. Não obstante, esta isenção não se aplica aos micro-indústrias alimentares que estão sujeitas aos requisitos específicos das indústrias;
- Os procedimentos ou etapas que devem ser observados para a aquisição de uma licença comercial ou industrial, assim como de incorporação ou registos de uma empresa são excessivos.
- Por exemplo, o registo inicia com o nome ou designação da empresa, escritura de incorporação, acta da assembleia da associação, entrega, representantes, publicação no Boletim da República, registo comercial, registo provisório, registo comercial final.
- A aquisição da licença observa os seguintes passos: requerimento ou pedido, inspecção, seguro e entrega;
- O Código Comercial ao introduzir novas figuras e disposições modernas sobre o comércio mercantil, tais como sociedade de capitais e indústria, o comércio electrónico, não teve em conta as disposições básicas sobre o instituto da falência e da reorganização das empresas endividadas para a sua recuperação;
- Os suprimentos e as prestações acessórias no Código Comercial estão dispostas para às sociedades por quotas⁹³². Estes deviam ser extensivos às outras sociedades;

⁹³¹ Cfr., artigo 7º do Código de Impostos de Rendimento de Pessoas Colectivas.

- Dentro da estratégia do Governo de melhoria do ambiente de negócios para atrair mais investimentos para a transição para a economia do mercado, a desregulação torna-se crucial para evitar a monopolização e a concorrência desleal.
- O Governo é recomendado a promover a advocacia da concorrência que deva concretizar-se na adopção de uma lei *“que proíba a existência de cartéis expostos, que proíba a fixação de preços e que atribua poderes a uma agência de concorrência”*⁹³³.

b) Resolução n.º 3/2008, de 29 de Maio, Estratégia para a Melhoria do Ambiente de Negócios e o Direito Internacional

O Governo, reagindo aos constrangimentos apontados pelos doadores, contidos no Código Comercial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro e outros que criam obstáculos à melhoria do ambiente de negócios em Moçambique, aprova através da Resolução n.º 3/2008, de 29 de Maio, a Estratégia para a Melhoria do Ambiente de Negócios.

O legislador para elaborar a estratégia teve como fonte pós-estatal indicadores usados nas avaliações internacionais, por exemplo, a saber *“Doing Business”* do Banco mundial e o Relatório da USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique”.

A nível interno as recomendações contidas em diversos diagnósticos e estudos sobre o sector empresarial em Moçambique e as matrizes das Conferências Anuais do Sector Privado⁹³⁴.

⁹³² Vide, os suprimentos e prestações acessórias no Capítulo IV do Título II, relativo às sociedades por quotas do Código Comercial de 2005.

⁹³³ USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit. p.18

⁹³⁴ Cfr., os §1.º e 2.º sobre Metodologia, na Resolução n.º 3/2008, de 29 de Maio, a Estratégia para a Melhoria do Ambiente de Negócios.

A estratégia ora aprovada incide sobre quatro principais vectores que foram identificados como os que mais contribuem para tornar mais difícil o ambiente de negócios em Moçambique, a saber:

- Reforma Legal: i) Constituição e Registo de Sociedades; ii) Licenciamento de actividades; iii) Ambiente laboral; iv) Falência de empresas; v) Inspeção das actividades económicas; vi) Importação e exportação; vii) Sector informal.
- Ambiente Fiscal e Financeiro: i) Ambiente fiscal; ii) Acesso ao financiamento.
- Infra-estruturas: i) Energia; ii) Governação; Cumprimento de contratos; iii) Protecção ao investidor; iv) Registo de propriedade.
- Reforma Legal: Constituição e registo de sociedades.

Por outro lado, dentro da mesma estratégia para a melhoria de negócios, em resposta ao desempenho do país no *Duing Business*, o Governo criou o Grupo interministerial para a remoção das barreiras ao investimento (GIRBI) responsável pelo diálogo entre o público e privado a nível nacional e provincial e a nível local os grupos intersectoriais provinciais lideradas pelo Governador e integrando todas as direcções provinciais.

c) Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril, altera alguns artigos do Código Comercial

A Resolução n.º 3/2008, de 29 de Maio, que define a Estratégia para a Melhoria do Ambiente de Negócios ditou de imediato alterações pontuais ao Código Comercial de 2005 com o intuito de adequá-lo à necessidade de simplificação de procedimentos, suprir lacunas e omissões.

Com esta atitude, o Governo pretende responder ou incorporar as normas emanadas pelos doadores que surgem como condição e requisito para à ajuda financeira para as reformas económicas nacionais em curso.

O Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril, altera alguns artigos do Código Comercial com a justificação de adequá-lo à necessidade de simplificação e melhoramento do ambiente de negócios.

De entre outras alterações, pode-se elucidar por exemplo, a duração, o início e o termo dos exercícios das sociedades deixam de ser fixos ou seja de acordo com o calendário civil podendo adoptar um período anual de exercício diferente⁹³⁵; a fixação do capital social passa a ser determinada pelos sócios e acionistas⁹³⁶; o Código Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro, foi aditado os artigos 119A; 119B, 119C; 119D; 359A; 373ª; 373B e 373C, dos quais os quatro primeiros artigos estão relacionados com os suprimentos e prestações de acessórias.

As alterações e os aditamentos introduzidos pelo Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril, ao Código Comercial de 2005, não esgotaram todos os constrangimentos apontados pelos doadores para à melhoria do ambiente de negócios em Moçambique, com o intuito de atrair os investimentos estrangeiros e nacionais privados.

O legislador, pontualmente, foi suprimindo os constrangimentos, e de acordo com as pressões do doador quanto a ajuda financeira ao desenvolvimento:

d) Balcões de Atendimento Único (BAUs)

Os Balcões de Atendimento único foram criados através do Decreto n.º 14/2007, de 30 de Maio, para responder os constrangimentos sobre a melhoria do ambiente de negócios através da melhoria de serviços públicos que devem primar pela simplicidade, flexibilidade e celeridade dos procedimentos administrativos.

Os BAUs, aquando da sua criação, tinham como atribuições o licenciamento de actividades económicas e prestação de serviços, cobrança de taxas referentes aos serviços prestados e impostos, emissão de documentos de identificação civil e outros expedientes pela administração pública, tais como, fornecimento de orientações técnicas sobre os

⁹³⁵ Cfr., n.º 1 e 2, do artigo 169º da Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro.

⁹³⁶ Cfr., n.º 2 do artigo 289º do Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro.

requisitos e procedimentos administrativos, serviços de migração, serviços de viação, serviços de registo e notariado.

Os BAUs criados em 2007 enfrentavam inúmeras dificuldades para realizar os objectivos para que foram criados pela falta de articulação e descentralização na tomada de decisões.

Portanto, estes posicionavam-se como meros receptores e canalizadores de expediente às instituições de tutelas.

A Resolução n.º 3/2008, de 29 de Maio, sobre Estratégia para a Melhoria do Ambiente de Negócios, permitiu a desburocratização da instituição e a redução do tempo de recenseamento e a sua extensão as Províncias, Distritos e Municípios.

e) Decreto n.º 5/2010, de 7 de Março – Regulamento de Licenciamento Simplificado

O Regulamento de Licenciamento Simplificado aprovado pelo Decreto n.º 2/2008, de 12 Março, para operacionalizar os BAUs não contemplava todas as áreas de actividade económicas definidas dentro dos vectores estratégicos para a melhoria do ambiente de negócios em Moçambique, estabelecidas na Resolução n.º 3/2008, de 29 de Maio, Estratégia para a Melhoria do Ambiente de Negócios.

O Decreto n.º 5/2010, de 7 de Março, permitiu redefinir melhor o objecto, procedimentos, taxas aplicáveis, competências, direitos e deveres, assim como o alargamento da área de actividade económica objecto de licenciamento simplificado.

Este novo regime jurídico vai alargar o âmbito de aplicação deste regulamento, passando a abranger as seguintes áreas de actividades económicas: agricultura, comércio, indústria, construção civil, comunicações, cultura, pesca, prestação de serviços e turismo.

Estas áreas de actividade económica ficam isentas do estudo do impacto ambiental e vistoria prévia. Os BAUs passam a ter competência plena para a emissão dos

certificados de licenciamento, cujo prazo máximo de entrega do certificado é de um dia⁹³⁷.

f) Decreto n.º 34/2013, de 2 de Agosto – Regulamento do Licenciamento da Actividade Comercial

A Estratégia para a melhoria do ambiente de negócio ditou a criação de um novo Regulamento de Licenciamento, revogando o então Decreto n.º 49/2004, de 17 de Novembro.

O novo Regulamento visa harmonizar os instrumentos legislativos aprovados no âmbito da simplificação do processo de licenciamento, aproximar os centros de decisão aos operadores económicos e a desconcentração de competências.

Este novo Regulamento estabelece normas dignas de realce quanto a simplificação e a celeridade requerida para o melhoramento do ambiente de negócios.

Este Regulamento, por exemplo, estabelece no artigo 9º, prazos de decisão sobre os pedidos e o instrumento técnico operacional do deferimento tácito.

A entrada em vigor deste Regulamento, reduziu para oito dias a autorização de licenciamento comercial que não requer vistoria, dez dias o licenciamento que requer vistoria, três dias para a emissão da declaração com os códigos de importador e exportador, oito dias para a entrega do cartão de operador do comércio externo. O n.º 4 do mesmo artigo dispõe que *“a não conclusão do processo de licenciamento, dentro do prazo...incluindo renovação e averbamento equivale a deferimento tácito e emissão imediata do alvará, licença ou cartão”*.

⁹³⁷ Cfr., artigos 3º, 7º e 9º do Decreto n.º 5/2010, de 7 de Março.

g) Decreto n.º 80/2013, 31 de Dezembro – Formulário Único

O legislador no âmbito da redução das barreiras para a melhoria do ambiente de negócios, para simplificar e reduzir os procedimentos, tempo e custos relativos aos processos de constituição, registo e licenciamento de empresa, atribuição do NUIT, bem como declaração de início de actividade, inscrição de trabalhadores no Sistema Nacional de Segurança Social e horário de trabalho, cria o Formulário Único com o objectivo de simplificar, unificar e aproximar cada vez mais os centros de decisão aos operadores económicos.

O Formulário Único criado pelo legislador não constitui nenhuma inovação, este encontra como fonte de Direito Internacional as boas práticas internacionais quanto às formalidades legais para a formalização e início da actividade laboral das empresas.

Com este Formulário reduz de 65 para 25 dias o tempo necessário para o registo e o início de actividades económicas no país⁹³⁸.

h) Lei n.º 9/2013, de 1 de Março e o Decreto-Lei n.º 1/2013, de 4 de Julho – Regime Jurídico de insolvência e recuperação das empresas comerciais

A Lei sobre falências que outrora vigorava em Moçambique remonta ao tempo colonial, adoptada em 1939⁹³⁹.

Esta legislação ficou ultrapassada no tempo e no espaço, desajustada e eivada de um procedimento burocrático muito pesado. Por causa destes procedimentos longos e pesados, os processos arrastavam-se por um período não menos de cinco anos. E como consequência, a capacidade de recuperar os créditos era irrisória, visto que chegado à fase

⁹³⁸ Vide, as declarações do Ministro da Industria e Energia do dia 8 de Outubro de 2013, in <http://www.noticias.mozmaniacos.com/2013/10/aprovado-instrumento-melhoria-ambiente-negocio-pais.html>, acedido em 23.06.2014.

⁹³⁹ Cfr., Código de Processo Civil de 1939.

da liquidação, as empresas já não tinham bens e activos para vender com o intuito de pagar as dívidas.

A Lei n.º 9/2013, de 1 de Março, que autoriza o Governo a estabelecer o Regime Jurídico de insolvência e recuperação de empresas comerciais estabelece os parâmetros (objectivos, sentido e extensão⁹⁴⁰) que devem ser tidas em conta na revisão da Lei, tais como, “*viabilizar a superação da impossibilidade de cumprimentos das obrigações vencidas dos empresários comerciais, associações, fundações, sociedades civis, cooperativas e pessoas singulares*”⁹⁴¹.

Na essência, o legislador ao atribuir as competências ao Governo e ao estabelecer os parâmetros quis *a priori* garantir que as exigências dos doadores⁹⁴², no âmbito de ajuda financeira ao desenvolvimento, estejam solvidas. Estas exigências resumem nas seguintes:

- A lei sobre falências de 1939 está desactualizada e não se adequa as exigências da economia do mercado e ao direito empresarial moderno;
- O objectivo ou a filosofia da Lei não é liquidar a empresa falida mas pelo contrário recuperar as empresas para garantir o desenvolvimento económico e consequentemente a manutenção dos postos de trabalho, colecta de receitas através de impostos e acautelar os interesses dos credores. Se as reformas visam criar incentivos para o investimento, a Lei vigente vai contra o espírito de toda uma dinâmica;

⁹⁴⁰ Cfr., artigo 3º e 4º da Lei n.º 9/2013, de 1 de Março, que estabelece taxativamente o sentido e a extensão que a nova lei deve observar: “*No regime jurídico da insolvência e recuperação de empresas comerciais, o Governo deve contemplar o seguinte: a) âmbito e aplicação; b) disposições comuns à recuperação judicial e à insolvência; c) recuperação judicial; d) convocação da recuperação judicial em insolvência; e) insolvência; f) recuperação extra judicial; g) disposições penais e procedimento penal; h) disposições finais e transitórias. O regime jurídico de insolvência e recuperação de empresários comerciais deve adaptar e ajustar o instituto de falências em vigo. O Governo deve, no Decreto-Lei a aprovar, fazer a inserção do articulado do Código do Processo Civil*”.

⁹⁴¹ Cfr., artigo 2º da Lei n.º 9/2013, de 1 de Março.

⁹⁴² Vide as recomendações do Banco Mundial no Relatório “Word Bank - Moçambique, Análise do Clima de Investimentos – Relatório, Outubro de 2009”, p.17.

- A Lei deve dar maior ênfase a autonomia da vontade privada, ou seja maior autonomia aos credores para decidir sobre a insolvência e reduzir a intervenção do juiz;
- Criar a possibilidade para uma recuperação extra judicial;
- Os procedimentos para a insolvência e recuperação de empresas devem ser simplificados e permitir que as pessoas em situação empresarial difícil possam por si requerer pessoalmente a insolvência ou recuperação de empresas.

O Decreto-Lei n.º 1/2013, de 4 de Julho, Regime Jurídico de insolvência e recuperação de empresas comerciais, teve como fonte de Direito Internacional as normas internacionais sobre o estatuto das insolvências que para o caso de Moçambique mediatizadas pelos doadores.

Assim, o Decreto-Lei n.º 1/2013, de 4 de Julho adoptado pelo legislador para ir ao encontro do Direito Internacional dispõe na nota introdutiva que “ *torna-se necessário adequar o instituto da falência e da insolvência à dinâmica do desenvolvimento económico, à premência do melhoramento do negócio no país, bem como ao imperativo da segurança jurídica e celeridade processual...* ”

i) Lei n.º 10/2013, de 14 de Abril – Estabelece o Regime Jurídico da Concorrência, no Exercício das Actividades Económicas

O Governo de Moçambique, no âmbito das reformas económicas e respondendo a necessidade de atracção e incentivo de investimentos estrangeiros e nacionais privados, viu-se na contingência de adoptar uma política de concorrência como primeiro passo à regulamentação efectiva sobre o instituto da concorrência.

Este justifica a necessidade da criação desta política da concorrência com o objectivo de melhoramento do ambiente macro-económico que tem levado ao crescimento económico em Moçambique e que indicia o fenómeno de alguma concorrência desleal, constituindo assim um entrave ao ambiente favorável ao desenvolvimento económico em Moçambique.

Dentro deste desiderato económico e concorrencial o Governo aprova a Resolução n.º 37/2007, de 12 de Novembro, sobre a Política de Concorrência de Moçambique.

A Política de Concorrência de Moçambique, Resolução n.º 37/2007, de 12 de Novembro, responde as exigências das instituições doadoras no âmbito da ajuda financeira ao desenvolvimento e a dinâmica económica da SADC quanto a liberalização económica e a harmonização legislativa.

As reformas económicas que ditaram a liberalização de preços e serviços desencadearam, no início, nalguns sectores de serviços, um oportunismo que ditou uma certa anarquia ou seja concorrência desleal e desfavorável ao ambiente de investimento estrangeiro e nacional privado nestes mesmos sectores, a saber:

- As reformas sectoriais ditadas pelo Programa de Reabilitação Económica (PRE) apoiadas financeiramente pelas IBWS fizeram com que algumas empresas, tais como, Telecomunicações de Moçambique, Portos, Caminho-de-ferro, Instituições Financeiras desencadeassem reformas que culminaram com a liberalização dos serviços.

Estas reformas necessárias e encorajadoras para à viragem para a economia de mercado foram acompanhadas de eclosão de fenómenos de abuso da posição dominante no mercado que se consubstanciavam em práticas, tais como, a imposição de preços excessivos, descriminação de preços, preços predatórios, recusa a negociar ou vender, venda condicionada e entre outras⁹⁴³;

⁹⁴³ Cfr., n.º 2, da Resolução n.º 37/2007, de 12 de Novembro, sobre Política de Concorrência de Moçambique.

- No sector financeiro, por exemplo, nas instituições bancárias deu-se o fenómeno dos acordos horizontais, que afectaram negativamente aos preços, inovação, qualidade dos produtos financeiros e serviços prestados ao consumidor;
- No sector do comércio deu-se o fenómeno de acordos verticais com as empresas de comercialização agrícola e as empresas de importações que estabeleciam concertações ou acordos de termos de venda ou revenda de bens ou produtos;
- No sector de pescas deu-se o fenómeno de concentração de empresas com vista a manter ou elevar a sua situação no mercado.

Por outro lado, esta Política de Concorrência, foi ditada pela liberalização do comércio no âmbito da SADC, cujo Protocolo exige os Estados Membros a adoptar medidas que combatem práticas comerciais desleais e a promoção da Política da Concorrência⁹⁴⁴.

Estabelecida a Política da Concorrência, o legislador respondendo as necessidades impostas pelas reformas económicas no país e no âmbito da ajuda ao desenvolvimento, viu-se na obrigação de liberalizar os serviços de telecomunicações e consequentemente, o reforço da autoridade reguladora para o incentivo aos investimentos estrangeiros e nacionais privados e para a promoção da justa concorrência e defesa do consumidor⁹⁴⁵.

Com esta iniciativa, o legislador antecipando a Lei da Concorrência, incorpora disposições sobre a concorrência na Lei das Telecomunicações e cria a Autoridade Reguladora para o sector, como salvaguarda dos interesses dos investidores e das empresas no geral⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ Cfr., artigo 25º do Protocolo Comercial da SADC. Este Protocolo foi ratificado pela Assembleia da República através da Resolução n.º 44/99, de 28 de Dezembro.

⁹⁴⁵ Cfr., Introdução da Lei n.º 14/99, de 1 de Novembro, Lei das Telecomunicações.

⁹⁴⁶ Cfr., o artigo 7º da Lei n.º 14/99, de 1 de Novembro, Lei das Telecomunicações que dispõe sobre a autoridade reguladora e o artigo 23 sobre defesa da concorrência.

O Governo depois da aprovação da Política da Concorrência, através da Resolução n.º 37/2007, de 12 de Novembro e com a aprovação pela Assembleia da República da Lei n.º 14/99 de 1 de Novembro, que estabelece o Regime Jurídico das Telecomunicações onde consagra algumas disposições sobre a concorrência e cria a Autoridade Reguladora que vai lidar com estas matérias, eis que em 2012 propõe à Assembleia da República o anti-projecto sobre a Lei da Concorrência.

Esta Lei foi aprovada em Março de 2013, através da Lei n.º 10/2013, de 14 de Abril, que estabelece o Regime Jurídico da Concorrência, no exercício das actividades económicas.

A concorrência em Moçambique emergiu através do processo das reformas económicas e circunscrita, no início, em sectores específicos da economia nacional, ganhou o seu epicentro com o desenvolvimento do sector informal da economia.

O estudo encomendado pelo Banco Mundial (BIRD) sobre a “Análise do Clima de Investimentos em Moçambique”⁹⁴⁷, em 2009, apontava a concorrência desleal entre o sector formal e informal como o principal obstáculo para o desenvolvimento da actividade empresarial em Moçambique.

Infelizmente, a Lei n.º 10/2013, de 14 de Abril, embora estabeleça como âmbito da sua aplicação “*todas as actividades económicas exercidas no território nacional ou que nele produzam efeito*”⁹⁴⁸ pelas empresas nacionais ou estrangeiras, regula o mercado formal mas deixa descoberto o sector informal, que dado o seu impacto no mercado e o volume de negócios praticado, acaba por substituir e ou alimentar o mercado formal com a importação clandestina de mercadorias.

O Governo face a esta concorrência desleal do sector informal, para permitir a competitividade entre o sector formal e informal, como estratégia deliberou em baixar a

⁹⁴⁷ Word Bank - Moçambique, Análise do Clima de Investimentos – Relatório, Outubro de 2009”, op. cit., p. 8.

⁹⁴⁸ Cfr., artigo 3º, da Lei n.º 10/2013, de 14 de Abril.

taxa dos direitos alfandegários de alguns produtos⁹⁴⁹ objectos da concorrência desleal, de 21% para 7,5%, para que o formal consiga sobreviver face a esta situação.

8.2.2.10. Legislação Fiscal e Aduaneira e o Direito do Comércio Internacional

O Direito do Comercio Internacional tornou-se hoje uma das principais ou senão a mais importante fonte de Direito Internacional na construção do Direito Interno dos Estados, no âmbito da globalização e dos espaços jurídicos plurais.

O Direito Fiscal e Aduaneiro, dada a sua importância na economia dos Estados e dos agentes económicos privados nacionais e multinacionais e sendo o epicentro dos diversos tipos de crimes económicos nacionais e transfronteiriços (branqueamento de capitais, fuga ao fisco, corrupção e outros) a sua regulação, adjudicação e implementação ficaram cada vez mais distante dos Estados, cuja acção e medidas domésticas são incapazes de responder a dinâmica transnacional e da globalização.

Para o efeito, são chamadas as trans-governamentais networks, as transnacionais networks privadas, as organizações de comércio e financeiras para cooperarem com os Estados no tocante aos serviços de fronteira e sistemas aduaneiros.

8.2.2.10.1. As medidas ou normas impostas pelo Programa de Reabilitação Económica como condição para a ajuda estrutural aos investimentos em Moçambique e o Direito Internacional

Moçambique, no âmbito do programa de reabilitação económica, iniciou uma reforma no sector fiscal e aduaneiro em 1984 que lançou as bases para o estabelecimento da economia de mercado dentro da política neoliberal – economia de mercado.

Estas reformas permitiram que Moçambique, uma década depois, em 2004, pudesse contar com um sistema fiscal simplificado, uma base tributável alargada e os

⁹⁴⁹ Os produtos em causa são os eletrodomésticos, equipamentos de comunicações, produtos derivados de ovículos e outros.

impostos diversificados sobre a transacção dos bens e serviços substituídos por um imposto sobre valor acrescentado, IVA de 17%.

O financiamento das reformas do sector fiscal e aduaneiro contaram com o apoio do FMI (Fundo Monetário Internacional), WB (Banco Mundial), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e do DFID (*Department for International Development*)⁹⁵⁰.

O programa de reajustamento económico do sector fiscal, no âmbito das estratégias de incentivos aos investimentos estrangeiros e nacionais privados, considera a taxa de IVA ser alta⁹⁵¹ comparada com a dos outros países da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC).

Estas constatações, *a priori*, colocam o país menos atractivo para investimentos quer estrangeiro quer nacionais privados. Portanto, a economia moçambicana para tornar-se atractiva devia rever a sua base tributária nacional.

Por outro lado, os doadores identificaram vários constrangimentos que deviam ser removidos para a melhoria do ambiente de negócios e que são retratados no Relatório do estudo da USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique de 2004⁹⁵² que apontavam, de entre outras, os seguintes:

- Melhorar a gestão geral que resulta da má administração;
- Criar instrumentos capazes para lidar com a gestão do risco;
- Estruturar o sistema para que o reembolso do IVA seja possível, célere e efectiva;
- Criar secções fiscais ou tribunais fiscais para dirimir conflitos fiscais com eficiência;
- Eliminar as inspecções fiscais arbitrárias e morosas protagonizadas pela administração fiscal propensas ao suborno e a corrupção;

⁹⁵⁰ Vide, MWANGI, Anthony (2004) *Mozambique Customs Modernization*, in Luc the Wulf and José B. Sakol, Eds, *Customs Modernization Initiatives: case studies*, World Banks, p.109.

⁹⁵¹ De acordo com o Relatório da USAID, a taxa fiscal efectiva (marginal effective tax rate - METR) sobre as empresas que não obtêm benefícios fiscais especiais é maior que o da média dos países da SADC. Vide, USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit. p. 12.

⁹⁵² USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit. p. 19 e 20.

- Modernizar as Alfândegas com o uso de novas tecnologias (software e programas standard de gestão do risco);
- Criar pontos de contacto directo com os operadores e a recolha automática de receitas;
- Desenvolver políticas que permitam uma maior aproximação ao cidadão e que estabeleça um forte relacionamento entre o sector público e privado;
- Criação de um balcão único nas fronteiras e aeroportos que integrem as necessidades das Alfândegas, das Migrações e da Agricultura;
- Criar um órgão ou comité de consulta e diálogo multisectorial (sector público, privado e sociedade civil) para facilitar o comércio⁹⁵³.
- Eliminar os custos onerosos e injustificados dispostos nas normas e pautas de transacção, assim como dos procedimentos e encargos administrativos (reduzir em 30% os custos de transacção);
- Reformar o serviço de frete/despacho para corresponder aos patamares mínimos internacionais⁹⁵⁴
- As Alfândegas devem priorizar a informação e o relacionamento com o público e os agentes económicos para uma maior transparência quanto aos actos e procedimentos deste ou seja promover uma boa governança.

a) Decreto n.º 21/90, de 18 de Setembro e o Diploma Ministerial n.º 19/2003, de 19 de Fevereiro - A inspecção pré-embarque

O Governo, no âmbito das transformações na esfera económica «*como resultado da aplicação das medidas preconizadas no Programa de Reabilitação Económica*»⁹⁵⁵,

⁹⁵³ Vide o modelo da UNCE – Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa.

⁹⁵⁴ De acordo com os dados do Relatório da USAID, o sector de frete/despacho presta serviços muito aquém dos padrões internacionais. Não obstante, os custos dos transportes ferroviários em Moçambique são superiores a US\$ 0,05 por tomam, valor considerado ser o dobro do que está regulado internacionalmente, US\$0,025 por tomam. Vide USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit. p. 21

⁹⁵⁵ Vide o preâmbulo do Decreto n.º 21/90, de 18 de Setembro que enfatiza claramente esta imposição como resultado ou medidas preconizadas no Programa de Reabilitação Económica.

que consistiam na descentralização e no alargar da actividade de importação aos novos operadores e aos privados, adopta novos mecanismos de controlo e de gestão, norma preconizadas pelas IBWs para o fortalecimento da economia do país - a inspecção pré-embarque.

Este Decreto ao enfatizar no preâmbulo esta norma ou mecanismo de controlo das importações, como garante da transformação económica, o legislador moçambicano toma como fonte de Direito Internacional este instrumento que lhe é imposto como condição da ajuda preconizada pelas IBWs.

De acordo com o disposto no n.º1, do artigo 1, do Decreto acima *«todas as mercadorias a serem importadas por diferentes entidades na Republica Popular de Moçambique deverão sujeitar-se à inspecção pré-embarque»*.

O Decreto n.º 21/90, de 18 de Setembro – que adopta a obrigatoriedade da inspecção pré-embarque foi regulamentado através do Diploma Ministerial n.º 207/89, de 25 de Novembro.

As reformas do sector fiscal e Aduaneiro tinham como objectivos a redução das barreiras às importações, a redução gradual da inspecção pré-embarque, permanecendo esta para alguns tipos de produtos cujo exame afigurava-se propícia fazê-la ainda fora do país.

Com a necessidade de adopção do valor aduaneiro do GATT⁹⁵⁶, o legislador moçambicano, respondendo a estes ditames altera o Regulamento de Pré-embarque através do Diploma Ministerial n.º 19/2003, de 19 de Fevereiro.

Com este Diploma o legislador acolhe progressivamente as normas do valor aduaneiro do GATT e esta passa a ser a fonte de direito internacional na criação do direito interno⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ Cfr., o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (GATT).

⁹⁵⁷ Para o efeito, o Diploma Ministerial n.º 19/2003, de 19 de Fevereiro dispõe sobre a obrigatoriedade da inspecção pré-embarque no artigo 2º o seguinte: “A lista de produtos, constantes da tabela em anexo, será reduzida em bases trimestrais até restarem de IPE algumas das seguintes mercadorias: Medicamentos; Roupas usadas; Alimentos; Produtos químicos; Viaturas usadas; Outros produtos considerados sensíveis”.

b) Diploma Ministerial n.º 10/2002, de 30 de Janeiro e o Diploma Ministerial n.º 116/2013, de 8 de Agosto – Regulamenta o regime de trânsito de mercadorias

As reformas do sector fiscal e aduaneiro, desenvolvidas sob a égide do Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, apontam para a necessidade de melhorar o quadro legal e regulador para os transportes, dada a situação geográfica privilegiada que Moçambique detêm em matéria de trânsito internacional e, com o intuito de explorar o desenvolvimento dos corredores internacionais.

Para o efeito e, na vertente fiscal e aduaneira, Moçambique deve modernizar, flexibilizar e adequar as normas legais e procedimentos às solicitações da economia de mercado e do comércio internacional. Por outro lado, urge adoptar as recomendações da Organização Mundial das Alfândegas (OMA) sobre estas matérias e salvaguardar os acordos bilaterais assumidos com os países vizinhos e a harmonização que resulta da integração de Moçambique na SADC.

O legislador, confrontado-se com esta realidade e no âmbito da ajuda ao desenvolvimento, adopta através do Diploma Ministerial n.º 10/2002, de 30 de Janeiro, as provisões legislativas internacionais sobre o trânsito aduaneiro, tal como estabelecido em Convenções Internacionais.

Este justifica a adopção destas disposições colocando o acento na facilitação do trânsito de mercadorias para aumentar a colecta de receitas, uniformizar procedimentos tais como estabelecidos nas Convenções Internacionais e adequar a legislação com as alterações decorrentes da introdução do Documento Único e das matérias de despacho de mercadorias⁹⁵⁸.

Dentro desta dinâmica das reformas e no contexto de simplificação e modernização das Alfândegas, o legislador adopta através do Decreto n.º 30/2002, de 2 de Dezembro, regras gerais de desembaraço aduaneiro, bem como a introdução do

⁹⁵⁸ Cfr., alíneas a), b), e c) dos objectivos principais que o legislador estabelece no § 4 da Introdução do Diploma Ministerial n.º 10/2002, de 30 de Janeiro.

sistema abreviado de importação de pequenas remessas comerciais e restringir o uso do Documento Único Simplificado apenas para o desembaraço de bens de uso pessoal de valores acima ao correspondente a franquia reservada as bagagens.

Este instrumento foi regulamentado em 2004 através do Diploma Ministerial n.º 262/2004, de 22 de Dezembro.

Por outro lado, o legislador pretende dotar as Alfândegas das competências adequadas para realizar auditorias pós-desembaraço como condição e instrumento objectivo e indispensável da introdução do conceito de valor aduaneiro, de acordo com a Convenção da Organização Mundial do Comércio de que Moçambique é parte⁹⁵⁹.

O legislador constrangido com os desafios económico do mercado e da simplificação dos procedimentos gerais do desembaraço aduaneiro, revoga o Decreto n.º 30/2002, de 2 de Dezembro e adopta um novo Decreto n.º 34/2009, de Julho, sobre Regras Gerais de Desembaraço Aduaneiro de Mercadorias com vista a operacionalizar a Pauta Aduaneira aprovada pela Lei n.º 6/2009, de 10 de Março.

Dentro da mesma conjuntura operativa da nova Pauta Aduaneira, o legislador revoga o Diploma Ministerial n.º 10/2002, de 30 de Janeiro, que regulamenta o regime de trânsito de mercadorias e adopta um novo através do Diploma Ministerial n.º 116/2013, que responde as estas novas exigências.

c) Diploma (Decisão) n.º 10/96, de 24 de Junho - adjudicação do contrato de gestão operacional das Alfândegas da Republica de Moçambique à empresa Crown Agentes

A economia dos países periféricos, dada a sua fragilidade, está hoje muito dependente das receitas aduaneiras, quer das importações⁹⁶⁰ e exportações.

Moçambique, no âmbito dos programas de ajustamento estrutural das IBWs, para responder as medidas da reforma ou seja da ajuda humanitária e de desenvolvimento, viu-

⁹⁵⁹ Cfr., Introdução do Decreto n.º 30/2002, de 2 de Dezembro.

⁹⁶⁰ Na verdade, estes países, a semelhança de Moçambique, importam mais do que exportam.

se na contingência de abdicar da gestão das suas Alfândegas e adjudica-las sob a forma de contrato para a gestão de uma empresa internacional privada, a Crown Agents⁹⁶¹.

Não obstante, muito antes desta medida já tinha respondido a tantas outras, como por exemplo, a incontornável adesão ao Acordo Geral de Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) e Acordos da OMC em 1994⁹⁶² e dentro dos imperativos de integração regional (SADC), ratifica em 1999 o Protocolo sobre as trocas Comerciais na Região da Comunidade para o Desenvolvimento da Africa Austral (SADC)⁹⁶³, em 2001 ratifica as Emendas ao Protocolo Comercial da SADC⁹⁶⁴.

Este Protocolo visa estabelecer uma Zona do Comércio Livre na Região da SADC e melhorar assim o ambiente favorável ao investimento nacional, transfronteiras e estrangeiro⁹⁶⁵.

d) Decreto n.º 25/2001, 28 de Agosto e a Lei n.º 6/2009, de 10 de Março - Pauta Aduaneira

No âmbito das políticas de reformas económicas impulsionadas pelas instituições de IBWs, Moçambique adere ao Acordo Geral de Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) e em 2009 reformula a Pauta Aduaneira para conformá-la as exigências do

⁹⁶¹ Vide, o Diploma (Decisão) n.º 10/96, de 24 de Junho. A Comissão de Relações Económicas Externas, ao abrigo da alínea e) do n.º 2, do artigo 2º, do Decreto Presidencial n.º 19/89, de 29 de Abril, decidiu aprovar a adjudicação do contrato de gestão operacional das Alfândegas da Republica de Moçambique a empresa Crown Agents.

⁹⁶² Moçambique através da Resolução n.º 31/94, de 20 de Setembro, ratifica a Acta Final que incorpora os resultados das Negociações Comerciais Multilaterais do Uruguai Round/Acordo Geral de pautas Aduaneiras e Comercio (GATT). Esta justifica a sua adesão apontando a experiência internacional até então vivida no âmbito da liberalização do comércio (reduzir as tarifas aduaneiras e buscar regras do comércio mais claras e rígidas) e das negociações comerciais multilaterais que se realizam, sob os auspícios do Acordo Geral de Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT), terem sido as mais seguras e previsíveis no comércio internacional. Quanto à justificação, vide o Preâmbulo da Resolução n.º 31/94, de 20 de Setembro.

⁹⁶³ Resolução n.º 44/99, de 28 de Dezembro, que ratifica o Protocolo sobre as trocas Comerciais na Região da Comunidade para o Desenvolvimento da Africa Austral, assinado em Maseru, Lesotho, aos 24 de Agosto de 1996.

⁹⁶⁴ Resolução n.º 41/2001, de 18 de Junho, sobre Emendas do Protocolo Comercial da SADC.

⁹⁶⁵ Cfr., n.º 3 e 5 do artigo 2º do Protocolo sobre as trocas Comerciais na Região da SADC.

desenvolvimento económico internacional, através da Lei n.º 6/2009, de 10 de Março – Pauta Aduaneira de Moçambique.

Para o efeito, o legislador estabelece como regra de interpretação e classificação das mercadorias, as Regras Gerais para a Interpretação do Sistema harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias⁹⁶⁶ e adopta como Valor Aduaneiro, o definido no artigo VII, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (GATT)⁹⁶⁷.

e) Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro – Aprova o Regulamento para Autentificação e/ou Emissão dos Documentos que conferem origem às mercadorias exportadas a partir de Moçambique ao abrigo das Convenções Internacionais, Protocolos Comerciais ou Sistemas Preferenciais em Geral

No âmbito da ajuda humanitária e ao desenvolvimento, os países desenvolvidos estabeleceram uma política comercial preferencial para com os países pobres, mediante a aplicação às mercadorias provenientes destes países de direitos pautais mais baixos que os aplicados nos países desenvolvidos.

Contudo, a abertura destes mercados aos produtos dos países pobres, devem observar normas e padrões ditados por estes países que disponibilizam a ajuda.

Portanto, os países receptores da ajuda devem reformular a sua legislação “*para poder acolher os múltiplos acordos de cooperação, em geral, e os referentes aos benefícios comerciais e à fixação das regras de origem, em particular*”⁹⁶⁸.

O Estado moçambicano respondendo às exigências dos países desenvolvidos, para beneficiar das políticas comerciais preferenciais, acolhe através do Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro as Convenções Internacionais, Protocolos Comerciais ou sistemas preferenciais em gerais.

⁹⁶⁶ Cfr., artigo 3º, da Lei n.º 6/2009, de 10 de Março.

⁹⁶⁷ Cfr., artigo 4º, da Lei n.º 6/2009, de 10 de Março.

⁹⁶⁸ Cfr., Introdução do Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro, que aprova o Regulamento para Autorização e/ou de documentos que conferem origem às mercadorias exportadas a partir de Moçambique ao abrigo das convenções internacionais e protocolos comerciais ou sistemas preferenciais em geral.

Não obstante, o Diploma não indica concretamente os instrumentos internacionais a adoptar, deixam em aberto para não limitar ou excluir.

Contudo, deixa claro que o previsto neste diploma “*não exclui a possibilidade de estabelecimento de regras próprias constantes de sistemas preferenciais específicos*”⁹⁶⁹.

O legislador toma como ponto de partida a Convenção de Lomé/Cotonou⁹⁷⁰, o Protocolo da SADC sobre trocas comerciais⁹⁷¹ e a iniciativa *Tudo Menos Armas – Every thing But Arms (EBA)*.

Ao tomar como ponto de partida estes instrumentos, dispõe no Capítulo II, do Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro, provisões específicas relacionadas com os certificados de origem nos termos do Protocolo Comercial da SADC e no Capítulo III, do mesmo Diploma, provisões específicas relacionados com os certificados de circulação nos termos da Convenção de Lomé-Cotonou.

Não obstante, o legislador, dentro das mesmas exigências internacionais de ajuda reformou e aprovou uma nova pauta aduaneira, através do Decreto n.º 25/2001, de 28 de Agosto.

Desta, faz coincidir a data de entrada em vigor destes dois instrumentos por ambos serem complementares: “este Diploma entra em vigor na mesma data com a Pauta Aduaneira”⁹⁷².

O Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro, anexa os modelos de formulários, fichas e declarações emanados pelos protocolos da SADC e da Convenção de Lomé-Cotonou, tais como: Ficha de Registo do Perfil da Empresa/Produtor, Certificado de Origem da SADC, Declaração do Exportador (Modelo RdO-SADC 1, Declaração do Produtor, Certificado de Exportação MMTZ – SACU, Pedido de Certificado de Circulação de Mercadorias EUR.1.

O legislador ao tomar como fonte de Direito Internacional as duas normas acima, não só responde os requisitos de elegibilidade à ajuda humanitária e ao desenvolvimento

⁹⁶⁹ Cfr., § único da introdução do Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro.

⁹⁷⁰ Convenção de Cooperação entre os países de África, Caraíbas e Pacífico e a União Europeia.

⁹⁷¹ Acordo multilateral assinado entre os países membros da SADC, para a liberalização do comércio na região.

⁹⁷² Cfr., artigo 2º do Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro.

colocando os seus produtos ou mercadorias nos mercados dos países desenvolvidos ou regionais, mas também vai ao encontro do direito internacional.

f) Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro – Regulamento para a Emissão de Certificados de Origem e Validação de Respectivas Facturas de Têxteis e Artigos de Vestuário a Serem Exportados para os EUA

No âmbito da ajuda humanitária e ao desenvolvimento, a Lei Sobre o Crescimento e Oportunidade para a África - *The African Growth and Opportunity Act (AGOA)*, oferece um tratamento preferencial aos produtos têxteis e de vestuário para os países em via de desenvolvimento.

Uma das condições para a elegibilidade para o acesso ao mercado dos EUA e de acordo com a AGOA é “*acolher no seu ordenamento jurídico interno as normas que devem regular o acesso aos seus operadores económicos às preferências de comércio sobre os artigos têxteis e de vestuário*”⁹⁷³.

O Estado moçambicano, para a sua elegibilidade, incorpora as normas da AGOA no seu ordenamento jurídico interno, primeiro, através do Diploma Ministerial n.º 81/2001, de 23 de Maio. Não obstante, o legislador não observou na íntegra o recomendado, facto que levou o Governo e o empresariado nacional a enfrentar dificuldades na implementação da norma.

O legislador, constrangido com esta experiência inicial, cerca de sete meses depois, revoga o Diploma e aprova um novo instrumento - Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro.

Dentro das normas da AGOA para o tratamento preferencial, inclui a adopção dos documentos modelos (Lista de grupos de vestuário que poderão beneficiar de tratamento preferencial e respectivas regras de origem, Certificado de Origem – Modelo RdO-

⁹⁷³ Cfr., Introdução do Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro.

AGOA 1⁹⁷⁴, Descrição do carimbo de Visto a ser aplicado pelas Alfândegas, Informação a ser providenciada ao Ministério da Indústria e Comércio (MIC) sobre o perfil da empresa e sobre todos os produtos que são exportados), disposições sobre a lista de informação a ser disponibilizada pelas Alfândegas de Moçambique a sua congénere dos EUA, permissão do Governo de Moçambique para a entrada, apoio e acompanhamento dos funcionários das Alfândegas dos EUA na realização de visitas de fiscalização e verificação do cumprimento das regras de origem⁹⁷⁵ e consequentemente a incorporação das infracções e penalidades contra os produtores ou exportadores que violem ou tentem violar as regras de origem⁹⁷⁶.

g) Convenção Internacional de Protecção de Plantas, o Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) e o Decreto n.º 2/93 de 24 de Março – Normalização e Qualidade

As estratégias encabeçadas pelas instituições da BWs quanto as reformas do sector fiscal e aduaneiro, com o intuito de incentivar e adequar a economia moçambicana aos requisitos e padrões do mercado livre e concorrencial, ditaram que o legislador moçambicano ratificasse a Convenção Internacional de Protecção de Plantas⁹⁷⁷, em 15 de Maio de 2008.

Moçambique para incentivar os investimentos do empresariado estrangeiro e nacional, quer na produção de alimentos e quer na comercialização dos mesmos deve

⁹⁷⁴ Este certificado foi alterado pelo Diploma Ministerial n.º 198/2004, de 10 de Novembro, com a fundamentação de o tornar mais efectivo e eficiente.

⁹⁷⁵ Cfr., artigos 8º e 9º do Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro.

⁹⁷⁶ Cfr., artigo 15º do Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro, alterado pelo Diploma Ministerial n.º 2/2002, de 2 de Janeiro.

⁹⁷⁷ A Convenção Internacional de Protecção das Plantas foi aprovada pela FAO, na 6ª sessão, no dia 6 de Dezembro de 1951, através da Resolução n.º 85/51. Esta entrou em força no dia 3 de Abril de 1952. Foi registado no Secretariado das Nações Unidas no dia 29 de Novembro de 1952, com o número 1963. Esta foi revista por duas vezes, a primeira em Novembro de 1979 e a segunda em Novembro de 1997 e o texto desta última revisão entrou em força no dia 2 de Outubro de 2005. Vide, a informação complementar no http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/4_004s-e.pdf, acedido no dia 09 de Junho de 2014.

garantir a certificação da qualidade que permite as empresas colocar o seu produto no mercado internacional.

Na primeira década das reformas económicas, as instituições da BWs motivados pelas excelentes qualidades e potencialidades dos solos moçambicanos e elegendo a agricultura e indústria como um factor de transformação e desenvolvimento económico moçambicano, impôs ao Governo a criação de um Sistema de Gestão de Qualidade.

Para o efeito, o legislador cria através do Decreto n.º 2/93, de 24 de Março, o Instituto Nacional de Normalização e Qualidade cujo objectivo essencial é *“impulsionar e coordenar a política nacional da qualidade, através das actividades da Normalização, Metrologia, Certificação e Gestão da Qualidade, que visem o desenvolvimento da economia nacional”*⁹⁷⁸.

O Governo de Moçambique respondendo aos desafios impostos pela economia de mercado quanto à normalização, certificação e gestão de qualidade, aprova através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 51/2003, de 31 de Dezembro, a política de Qualidade e a Estratégia da sua Implementação.

Neste instrumento, o Governo define e estabelece o modo sistemático e integrado dos marcos para o desenvolvimento do Sistema Nacional de Qualidade que compreende a normalização, a metrologia, avaliação da conformidade, acreditação, regulamentos técnicos e medidas sanitárias e fitossanitárias e que tenham como suporte a componente da educação, formação, informação e sensibilização⁹⁷⁹.

No âmbito da implementação da Política da Qualidade e para responder aos desafios impostos pela economia do mercado, o legislador adopta através do Decreto n.º 59 /2009, de 8 de Outubro, o Regulamento da Normalização e Avaliação da Conformidade, definindo assim o quadro legal básico e uniforme das actividades de normalização e avaliação da conformidade, incluindo os regulamentos técnicos⁹⁸⁰.

Não obstante, a elaboração destes instrumentos – Normas e Regulamentos Técnicos de Qualidade – devem ser com base nas normas internacionais, precisamente,

⁹⁷⁸ Cfr., artigo 2º, Decreto n.º 2/93, de 24 de Março.

⁹⁷⁹ Cfr., Introdução da Resolução do Conselho de Ministros n.º 51/2003, de 31 de Dezembro.

⁹⁸⁰ Cfr., artigo 2º, Decreto n.º 59 /2009, de 8 de Outubro.

na Convenção Internacional de Protecção das Plantas e do Acordo com as normas da OMC para as medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS) e sobre as Barreiras Técnicas do Comércio (TBT)⁹⁸¹.

Na essência, estes instrumentos internacionais constituem a fonte de Direito Internacional para a elaboração das normas moçambicanas.

Assim, a adopção da TBT constitui um requisito indispensável para o acesso ao mercado internacional, mecanismo para a transposição da barreira técnica do comércio e, consequentemente, o incentivo para o investimento económico e industrial em Moçambique⁹⁸².

Moçambique faz-se representar junto das entidades e organizações regionais e internacionais quanto ao Sistema de Gestão de Qualidade e dos acordos sobre as Barreiras Técnicas do Comércio, através do INNOQ⁹⁸³.

O INNOQ aquando da sua criação no dia 24 de Março de 1993, através do Decreto n.º 2/93, de 24 de Março, esteve sob tutela do Ministério da Indústria e Energia. Todavia, dadas as vicissitudes e reorganização ministerial, passou para o Ministério da Indústria e Comércio (MIC), em 2000.

O MIC trabalha em estreita colaboração com o Ministério da Agricultura e Desenvolvimento Rural (MADER) nas matérias de Gestão de Qualidade. Este tutela o INNOQ que responde pela definição de regras e regulamentos sobre a qualidade e segurança dos produtos.

⁹⁸¹ O legislador estabelece na alínea p, do ponto 4.1. da Resolução do Conselho de Ministros n.º 51/2003, de 31 de Dezembro, Política da Qualidade, uma lista de organizações regionais e internacionais que Moçambique deve filiar-se para beneficiar do apoio técnico e normativo, assim como a componente financeira para o efeito: SADC, a Convenção Inter África para Protecção de Plantas (IAPSC), a Organização Africana de Normalização (ORAN), a Organização Internacional de Normalização (ISO), a Comissão Electrotécnica Internacional (CEI), a Organização Internacional de Metrologia Legal (OIML), o Bureau Internacional de Pesos e Medidas (BIPM), a União Internacional de Telecomunicações (UIT), a Convenção Internacional de Protecção de Plantas (IPPC), a Organização Internacional de Epizootias (OIE), o CODEX e a Agência Internacional de Energia Atómica (OIEA).

⁹⁸² De acordo com o n. 3.1 da World Trade Organization – Agreement of Technical Barriers to Trade (TBT), dispõe que os “ *Members shall take such reasonable measures as may be available to them to ensure compliance by such bodies with the provisions of Article 2, with the exception of the obligation to notify as referred to in paragraphs 9.2 and 10.1 of Article 2*”, Vide, o Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) da Organização Mundial do Comércio, in http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm, acedido no dia 12.06.2014..

⁹⁸³ Cfr. Alínea i), n.º 2, artigo 4, do Estatuto Orgânico do INNOQ, aprovado pelo Decreto n.º 2/93, de 24 de Março, (Revogado) pelo Estatuto Orgânico do INNOQ, aprovado pelo Decreto n.º 74/2013, de 31 de Dezembro.

O MADER tutela o Departamento sobre a Sanidade vegetal (DSV) e Direcção da Pecuária (DINAP) sobre os animais. Estas instituições são hoje os pontos focais da OMC⁹⁸⁴, onde o INNOQ é para o acordo sobre as Barreiras Técnicas do Comércio, o DSV para vegetais e frutas e o DINAP para os animais, no âmbito do acordo da OMC para as medidas sanitários e fitossanitárias (SPS)⁹⁸⁵.

O Sistema Nacional de Qualidade desempenha um papel preponderante no comércio internacional e na estratégia das instituições da BWs quanto ao desenvolvimento económico do país que passa por potenciar a economia através de atracção dos investimentos industriais e comerciais estrangeiros e nacionais dentro da economia do mercado.

A Gestão eficiente da Qualidade é um requisito primário e prioritário para o desenvolvimento industrial e económico de um país. Esta garante a qualidade e a competitividade, quer na manufactura de produtos, na prestação de serviços, no apoio as exportações e importações, quer na defesa do meio ambiente e do consumidor em especial.

O Sistema Nacional de Qualidade tem sido apontado como uma das grandes barreiras técnicas do comércio em Moçambique, que desincentiva os investimentos e torna o ambiente de negócios difícil.

O INNOQ criado em 1993 vem enfrentando dificuldades que passam por falta de recursos humanos qualificados, materiais, financeiras e de infra-estruturas.

Estudos feitos em 2004, pela USAID, davam conta da inactividade do INNOQ por falta de capacidade estatutária adequada e transparente quanto as atribuições, competências, natureza e a própria estrutura orgânica incompatível com a natureza das

⁹⁸⁴ Como ficou referenciado no texto, o INNOQ é a instituição que representa a República de Moçambique ao nível internacional nas matérias de Gestão de Qualidade. Consequentemente, o INNOQ é o ponto focal de várias organizações e agências internacionais, por exemplo, pode-se citar a OMC, a Organização Internacional de Normalização (ISO) e as demais. Vide, a ISO no http://www.iso.org/iso/about/iso_members/iso_member_body.htm?member_id=1978, acedido no dia 9 de Junho de 2014.

⁹⁸⁵ USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit., p. 32.

actividades que se espera de uma instituição vocacionada para a normalização e qualidade⁹⁸⁶.

O INNOQ, em 2004, já contava com instalações próprias e vocacionadas para o efeito e já tinha aberto 4 laboratórios de metrologia e outras de análise pesqueira.

Todavia, o INNOQ por falta de acreditação internacional, os laboratórios tiveram que ser certificados pelo Instituto Sul Africano de Normalização (South African Bureau of Standards – SABS), assim como a certificação de produtos tinha que ser feita ainda pelo Instituto Sul Africano de Normalização⁹⁸⁷.

O processo de adopção de normas, embora regulamentado, enferma uma inércia e lentidão na produção dos pareceres técnicos e na obtenção do oval dos Ministérios, instituições e sociedade civil envolvidos na Gestão de Normalização e Qualidade.

Não obstante, os recursos alocados pelo Estado para o Sistema são exíguos e a mercê da boa vontade dos Doadores internacionais⁹⁸⁸.

No âmbito das reformas do sector fiscal e aduaneiro, apoiadas pelas instituições da BWs, pelos doadores e agências internacionais para o desenvolvimento, o Sistema de Gestão de Qualidade foi e continua a ser o ponto nevrálgico para o relançamento da economia nacional.

Contudo, o INNOQ provada a sua incapacidade funcional e operativa, tornou-se um ponto de discórdia e mal-estar entre o Governo e as instituições de ajuda humanitária e ao desenvolvimento.

Estes constrangimentos são apontados como uma das grandes barreiras para o investimento na agricultura e indústria transformadora, se tomar como exemplo a situação vivida pelos agricultores zimbabueanos que aquando da instabilidade político-económica no Zimbabwe investiram na Província de Manica.

⁹⁸⁶ Cfr., Capítulo II, do Decreto n.º 2/93, de 24 de Março.

⁹⁸⁷ Ibidem, p. 32.

⁹⁸⁸ O legislador dispõe inequivocamente no ponto 4.4. da Resolução do Conselho de Ministros n.º 51/2003, de 31 de Dezembro que aprova a Política de Qualidade e sua Estratégia de Implementação, o seguinte: “Assim, espera-se que as diversas agências de cooperação bilateral e multilateral, tenham o papel determinante como parceiras para o desenvolvimento sustentável do SNQ e tomem iniciativa no sentido de: a) Apoiar o programa de implementação da política da qualidade; b) Mobilizar apoios de outros parceiros para a execução de programas prioritários; c) Apoiar os programas de transferência de tecnologia de e para o país que permitam aumentar a qualidade e a competitividade nacionais; e) ...”

Constrangidos com a falta de mercado nacional e internacional para colocar os seus produtos acabaram por desistir.

Não obstante, outro constrangimento relaciona-se com o incumprimento dos acordos assumidos pelo Governo com a OMC e as organizações regionais (SADC e Países da Orla do Oceano Índico) que na matéria do comércio em Moçambique contam com o INNOQ como ponto focal às barreiras técnicas do comércio.

Sendo Moçambique subscritor do acordo sobre as barreiras técnicas do comércio (TBT) e o INNOQ designado como ponto focal, este tornou-se o pivot e o garante de toda a informação preponderante quanto a normalização e qualidade para o mercado nacional e internacional, quer para a produção e exportação, quer para a importação e investimentos nacionais, no tocante a informação sobre as regras do país do destino da mercadoria ou produtos.

O INNOQ estando inoperante, não pode assumir-se como base de dados ou de informação sobre a divulgação das notificações dos seus regulamentos e normas técnicas e, nem dos seus procedimentos quanto a avaliação da conformidade⁹⁸⁹.

Portanto, o Governo face a pressão da OMC, doadores, agências internacionais para o desenvolvimento e as instituições da BWs que cooperam para o desenvolvimento económico de Moçambique, aprovou através do Conselho de Ministros, o Decreto n.º 74/2013, de 31 de Dezembro, o novo Estatuto Orgânico do INNOQ, redefinindo as atribuições, competências, natureza e a estrutura do mesmo.

O novo Estatuto requalifica as atribuições do INNOQ e confere competências específicas para o prosseguimento das atribuições⁹⁹⁰ e cria um Sistema Orgânico composto por seguintes órgãos: Director Geral, o Colectivo de Direcção, o Conselho Consultivo e o Conselho Técnico⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ Vide, os requisitos e os procedimentos impostos pelo Regulamento de Normalização e Avaliação da conformidade, aprovado pelo Decreto n.º 58/2009, de 8 de Outubro, nos capítulos III (Normas Técnicas), IV (Regulamentos Técnicos) e V (Avaliação da conformidade) e que reflectem os Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio (BTB) da Organização Mundial do Comércio, que constam no artigo 3º e seguintes.

⁹⁹⁰ Cfr., artigos 5º e 6º, do Decreto n.º 74/2013, de 31 de Dezembro, que aprova o Estatuto Orgânico do INNOQ.

⁹⁹¹ Cfr., Capítulo II - Sistema Orgânico, do Decreto n.º 74/2013, de 31 de Dezembro, que aprova o Estatuto Orgânico do INNOQ. Contrariamente, o Estatuto Orgânico do INNOG, aprovado pelo Decreto n.º 2/93, de 24 de

Não obstante, estabelece uma nova Estrutura e atribuições as Unidades Orgânicas, composta por Direcção Nacional de Normalização, Direcção de Certificação, Direcção Nacional de Metrologia, Direcção de Ensaios e Inspeção, Departamento de Formação, Departamento de Administração e Finanças, Departamento de Recursos Humanos, Departamento de Planificação e Marketing, Departamento Jurídico, Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação.

Espera-se com esta nova estrutura, atribuições e competências que o INNOQ responda as exigências da sua vocação e não continue a ser ela própria uma “barreira técnica” ao desenvolvimento do comércio e à estratégia de incentivo ao investimento económico e industrial em Moçambique.

Assim, Moçambique e os investidores, poderão beneficiar das prerrogativas que a OMC dispõe, preferencialmente, aos países em desenvolvimento, através do acordo sobre as Barreiras Técnicas do Comércio (TBT) que estabelece um tratamento diferenciado em função das suas dificuldades tecnológicas e económicas, em adoptar rigidamente os regulamentos técnicos à semelhança do que se exige os países desenvolvidos⁹⁹².

h) Decreto n.º 16/2002, de 27 de Junho – Código de Benefícios Fiscais.

A estratégia dos benefícios fiscais impulsionada pelas instituições das BWs e agências de desenvolvimento económico tiveram como ponto de partida o Código de Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto n.º 12/93, de 31 de Julho, que foi objecto de duas alterações sucessivas, primeiro pelo Decreto n.º 37/95, de 8 de Agosto e segundo,

Março, tinha como órgãos do INNOQ: O Conselho Nacional da Qualidade, O Conselho de Direcção e o Conselho Técnico.

⁹⁹² Cfr., artigo 12º do TBT – Special and differential treatment of developing country members – que dispõe nos pontos 12.1 e seguintes, o seguinte: “12.1. Members shall provide differential and more favourable treatment to developing country Members to this Agreement, through the following provisions as well as through the relevant provisions of other Articles of this Agreement. 12.2. Members shall give particular attention to the provisions of this Agreement concerning developing country Members rights and obligations and shall take into account the special development, financial and trade needs of developing country Members in the implementation of this Agreement, both nationally and in the operation of this Agreements institutional arrangements. 12.3. ...”.

através do Decreto n.º 45/96, de 22 de Outubro e depois, através do Decreto n.º 16/2002, de 27 de Junho.

Este regime de benefícios fiscais foi justificado como sendo um instrumento primordial de política económica para alavancar a economia e o desenvolvimento económico.

Um dos mecanismos para a materialização deste instrumento político com vista a atrair investimentos e capital através de atribuição de incentivos fiscais aos investidores é o estabelecimento de zonas francas industriais.

Para responder a esta exigência político-económica, o Governo adopta o Decreto n.º 62/99, de 21 de Setembro, Regulamento das Zonas Francas Industriais e posteriormente, em 2000, o Decreto n.º 35/2000, de 17 de Outubro que introduz alterações ao Regulamento das Zonas Francas Industriais.

Não obstante, as Zonas Francas Industriais são caracterizadas por ser pólos de investimentos com regimes fiscais preferenciais ou seja com benefícios fiscais e aduaneiros atractivos aos grandes investimentos internacionais.

As Zonas Francas Industrias lidando com equipamentos e mercadorias, quer quando a sua produção e quer quando a sua exportação, estão isentos de todas as imposições aduaneiras, fiscais e parafiscais e requer, obviamente, de um regime aduaneiro específico.

Para o efeito, o legislador adopta o Diploma Ministerial n.º 14/2002, de 30 de Janeiro - o Regulamento do Regime Aduaneiro das Zonas Francas Industriais.

Dada a fragilidade da economia moçambicana, delapidada pelo conflito armado que durou 16 anos e pela economia centralizada, as Alfândegas de Moçambique, transformaram-se numa instituição chave para arrecadação das receitas para o país⁹⁹³.

Não obstante, O Governo no âmbito das reformas fiscais e aduaneiras viu-se na contingência de modernizar as Alfândegas e para responder aos imperativos da

⁹⁹³ Dados indicam que em 2000, as Alfândegas de Moçambique arrecadaram para o país cerca de 48.6% das receitas do Governo. Vide, MOSSE, Marcelo e CORTEZ, Edson (2006) *Corrupção e Integridade nas Alfândegas de Moçambique – Uma avaliação das boas práticas*, Centro de Integridade Pública de Moçambique, p. 46

harmonização tarifária internacional e da SADC viu-se obrigado a reduzir os direitos alfandegários.

Estas medidas foram acompanhadas com a criação das Zonas Francas Industriais. A sociedade esperava com estas reformas e estratégias de desenvolvimento obter maiores ganhos económicos para responder o problema da pobreza.

Na realidade, as Zonas Francas Industriais não contribuíram para as receitas do Governo e nem reduziram a pressão fiscal sobre os contribuintes.

Os incentivos fiscais e aduaneiros ditados pela política económica e de desenvolvimento protagonizada pelas instituições da BWs que desencadearam a criação das Zonas Francas Industriais (paraísos fiscais e sociedades offshore), embora tida como uma das boas estratégias para a redução do impacto de tributação as empresas e mecanismo revolucionário para a viragem da economia, tem sido objecto de contestações pela sociedade civil e principalmente pelos académicos⁹⁹⁴.

A contestação sobre os paraísos fiscais e sociedades *offshore* remonta à segunda metade do século passado e as críticas incidem sobre duas das três características principais deste instituto, a saber, a confidencialidade ou o secretismo que se torna propensa a ilicitudes criminais⁹⁹⁵, evasão e elisão fiscal de pessoas singulares e colectivas e, a redução até zero ou isenção das taxas de impostos.

Por exemplo, a problemática dos paraísos fiscais chegou a ser a ordem do dia aquando da Cimeira do grupo G20, em Londres, no dia 02 de Abril de 2009. Um mês antes, Carl Levin, senador americano, já tinha insurgido ao dirigir-se ao director financeiro do Departamento Internacional de Gestão de Fortunas do Banco Suíço UBS AG, Mark Branson, afirmando inequivocamente que “*o resto do mundo está a ficar farto dos paraísos fiscais que fecham os olhos à evasão fiscal e permitem que as suas*

⁹⁹⁴ Vide, as entrevistas dos economistas e académicos, Dipac Jaintilal no semanário SAVANA das edições de 3 e 10 de Setembro de 2010 e Carlos Nuno Castel-Branco na edição de 8 de Outubro de 2010, do mesmo semanário.

⁹⁹⁵ O tráfico de armas, de drogas, terrorismo e corrupção são apontados como os principais ilícitos criminais objectos de combate internacional.

*instituições financeiras, os seus advogados, os seus contabilistas e outros lucrem com o não pagamento de impostos noutras jurisdições”*⁹⁹⁶.

Não obstante, entre nós, o economista e académico Castel-Branco foi sempre contundente contra os “mega-projectos” e os paraísos fiscais, sugerindo a revisão dos contratos com estas empresas, à semelhança do que se viu e se fez na Libéria, Gana e Costa de Marfim, quando se reconheceu que estes contratos e mecanismos não contribuíam para o desenvolvimento económico e social das comunidades⁹⁹⁷.

Face aos debates e críticas da sociedade civil, economistas e académicos, contra esta política económica imposta pelas instituições da BWs reagem em defesa afirmando que não são todos os “mega-projectos” que beneficiavam dos paraísos fiscais, apontando alguns exemplos como a Hidroelétrica de Cabora Bassa que tem 10% de taxa de concessão sobre o volume de vendas brutas e tem todas as obrigações fiscais e aduaneiras⁹⁹⁸.

O Banco Mundial proponente desta política económica da economia do mercado livre – paraísos fiscais – confrontado com a reflexão e críticas da sociedade civil, economistas e académicos, não a deu ouvidos, pelo contrário, chamou-os de “loucos”⁹⁹⁹.

A problemática em torno das Zonas Francas Industriais - paraísos fiscais – “mega-projectos” – ditou a revisão e actualização sucessiva do Código dos Benefícios Fiscais para acomodar estas reflexões e responder as críticas apresentadas.

Estas revisões não só responderam as reflexões da sociedade civil como também e fundamentalmente a pressão dos doadores e das agências internacionais de ajuda ao desenvolvimento¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ Carl Levin, senador americano, in C-SPAN, 7 de Março de 2009. Mark Branson prestava depoimento perante a Subcomissão Permanente de Inquérito do Senado dos Estados Unidos (*Senate Permanent Subcommittee on Investigations*), que discutia a questão do Sigilo Bancário Suíço, no dia 4 de Março de 2009.

⁹⁹⁷ Vide o Semanário Savana, edição de 8 de Outubro de 2010.

⁹⁹⁸ Vide a entrevista do então ministro de Finanças no semanário SAVANA, edição de 21 de Maio de 2010.

⁹⁹⁹ CASTEL-BRANCO, Carlos Nuno, in TVM, Grande Entrevista – “O número de pobres está a crescer em Moçambique”, Quarta-feira, 29 de Agosto de 2012.

¹⁰⁰⁰ “Alguns países que apoiam o orçamento do Estado já anunciaram que vão deixar de o fazer e outros estão a reduzir os valores que normalmente dão...”. Vide, CASTEL-BRANCO, Carlos Nuno, in TVM, Grande Entrevista – “O número de pobres está a crescer em Moçambique”, Quarta-feira, 29 de Agosto de 2012.

i) Decreto n.º 19/2005, de 22 de Junho – Regulamento do Procedimento de Fiscalização Tributária.

Moçambique beneficiando do Quadro Integrado da Assistência Técnica¹⁰⁰¹ na área do comércio para os países em desenvolvimento, definido pelos Ministérios do Comércio da OMC, em 1997 e acrescido do apoio das reformas estruturais iniciadas em 1984 pelas instituições da BWS, pode se considerar um país felizado quanto as transformações de políticas económicas rumo ao desenvolvimento.

O apoio das instituições e organizações de ajuda humanitária e ao desenvolvimento preconiza a identificação das barreiras económicas e a assistência técnica para a remoção das mesmas.

De entre várias barreiras económicas, a fiscalização tributária em geral e alfandegária em particular tem sido apontadas como grandes constrangimentos para as empresas, dada a sua arbitrariedade e propensas ao suborno e a corrupção.

Para responder a este constrangimento, o legislador através da Lei n.º 15/2002, de 26 de Junho, Lei de Bases do Sistema Tributário, estabelece garantias ao contribuinte ao mesmo tempo que atribui competências aos serviços de fiscalização da Administração Tributária.

O legislador para colmatar esta arbitrariedade na fiscalização, primeiro estabelece no artigo 53º, da Lei n.º 15/2002, de 26 de Junho, competências e limites dos órgãos de fiscalização e inspecção, assim como as obrigações e direitos tributários dos contribuintes ou sujeitos passivos e demais obrigados tributários. Segundo, não obstante as garantias estabelecidas ao contribuinte pela Lei n.º 15/2002, de 26 de Junho, para a efectivação destas garantias cria o respectivo instrumento operacional, ou seja, um conjunto de princípios e procedimentos de fiscalização tributária.

¹⁰⁰¹ O Quadro Integrado da Assistência Técnica é suportado pelas seguintes agências: Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Banco Mundial (WB) e o Centro do Comércio Internacional (International Trade Centre)

Assim, o Decreto n.º 19/2005, de 22 de Junho, aprova o Regulamento de Procedimento de Fiscalização tributária e dispõe inequivocamente, que o “ *presente Regulamento aplica-se supletivamente à Direcção-Geral das Alfândegas no que não for incompatível com a natureza dos procedimentos de inspecção de que está legalmente incumbida* ”¹⁰⁰².

j) Decreto n.º 10/2006, de 5 de Abril – Sistema de Inspecção não Intrusiva de Mercadoria, Meios de Transporte, Bagagens e Pessoas, vulgo Scanners

No âmbito das reformas económicas – sector fiscal e aduaneiro – as instituições da BWs recomendaram a introdução de inspecções alfandegárias não intrusivas (Scanners). Esta medida não só responde aos ditames da facilitação das trocas comerciais, mas também aos imperativos de segurança internacional despoletados pelos atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001.

Dentro destas consequências a Organização Mundial das Alfândegas (OMA)¹⁰⁰³, assumiu a responsabilidade de velar pela segurança das mercadorias, pessoas e bens, através do uso de novas tecnologias de gestão do risco – scanners – para inspecção não intrusiva.

A OMA, em Outubro de 2003, dada a complexidade do assunto e a natureza dos equipamento e, tendo em conta os custos elevados de aquisição e manutenção dos mesmos, a serem suportados pelos Estados membros, emitiu “Directrizes aos Membros Relativos a Considerações Administrativas sobre aquisições e operações de Scanners”¹⁰⁰⁴.

O Governo de Moçambique encomendou um estudo sobre a pertinência técnica desta nova tecnologia, e concluiu que esta constituía uma boa prática e iria melhorar os

¹⁰⁰² Cfr., artigo 2º, do Decreto n.º 19/2005, de 22 de Junho.

¹⁰⁰³ O Conselho de Cooperação Aduaneira da Organização Mundial das Alfândegas, adoptou em 2002, uma Resolução referente à Segurança e a Facilitação na Cadeia de Trocas Comerciais.

¹⁰⁰⁴ Vide, o Documento que estabelece as directrizes sobre o scanner: Organização Mundial das Alfândegas (2003) Directrizes para os membros sobre Considerações Administrativas e sobre Aquisições e Operação de Scanner, Doc. n.º TF0022E1, Bruxelas.

procedimentos alfandegários e, colocaria Moçambique num nível de aceitação razoável no “*Doing Business*”, quer regional quer internacional.

O manual do Banco Mundial sobre as reformas das Alfândegas recomendava que “a aquisição de equipamento de *scanning* deve basear-se numa análise custo - benefício sólida”.

O Governo face a estas recomendações, para contornar os elevados custos que esta tecnologia acarreta, e no âmbito da ajuda ao desenvolvimento, viu-se na contingência de concessionar esta actividade de exploração comercial do serviço público.

Depois de viabilizado o projecto, de acordo com o Decreto n.º 10/2006, de 5 de Abril, o sector privado empresarial adverte ao Governo sobre os constrangimentos sobre as taxas cobradas aos usuários que as considera altas e que “*poderão desviar o tráfego dos portos moçambicanos, minar a competitividade das indústrias locais, prejudicar o comércio internacional e desencorajar o investimento*”¹⁰⁰⁵.

Esta inquietação levou que a USAID/SPEED e CTA desencadeasse um estudo de “Revisão legal e Análise Comparada da Inspecção não Intrusiva em Moçambique (Scanner)”, em Fevereiro e Março de 2014.

k) O Decreto n.º 34/2009, de Julho – Regras Gerais de Desembaraço Aduaneiro de Mercadorias

No âmbito das reformas do sector fiscal e aduaneiro e dentro das estratégias das instituições de BWs para a melhoria do ambiente de negócio, recomenda como boa prática a introdução das novas tecnologias, tais como o Sistema de Janela Única Electrónica (JUE) de submissão da declaração aduaneira e prestação de demais informação inerente ao desembaraço aduaneiro de mercadorias e, a introdução do Operador Económico Autorizado.

¹⁰⁰⁵ USAID – Projecto Pede – Termos de Referência – Estudo de Revisão legal e Analise Comparada da Inspecção não Intrusiva em Moçambique (Scanners), Fevereiro de 2014.

- **O Sistema de Janela Única Electrónica**

O Sistema de Janela Única Electrónica (JUE) vai facilitar o comércio internacional e responder as recomendações das Convenções internacionais ratificados pelo Estado moçambicano quanto a necessidade de harmonização dos processos electrónicos no desembaraço aduaneiro de mercadorias.

Este sistema não constitui uma inovação do legislador moçambicano, senão uma resposta as normas de ajuda ao desenvolvimento e encontra como fonte de Direito Internacional as melhores práticas e padrões internacionais estabelecidos pelas organizações internacionais, tais como a Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa (UNECE) e aplica os princípios estabelecidos pela Convenção de Quioto revista.

O Governo, através do Conselho de Ministros, respondendo as recomendações estratégicas desenhadas pelas instituições da BWs adopta o Sistema de Janela Única Electrónica.

Dada a urgência o Governo autoriza o Ministro de Finanças para aprovar os Termos de Referência, assim como a celebração do contrato de concessão, atribuindo o direito exclusivo para conceber, desenhar, implementar e explorar um sistema de Janela Única Electrónica para desembaraço aduaneiro de mercadorias, através do Decreto n.º 33/2009, de 1 de Julho.

Esta medida foi justificada no âmbito da melhoria do ambiente do negócio e facilitação do comércio que de acordo com as instituições da BWs, vai imprimir e garantir maior rapidez no processamento electrónico de dados do comércio internacional¹⁰⁰⁶.

Ao abrigo do Decreto n.º 54/2005, de 13 de Dezembro – Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado, a JUE foi adjudicada a *Mozambique Community Network (MCNET)* em 2009.

¹⁰⁰⁶ Cfr., Introdução Justificativa do Decreto n.º 33/2009, de 1 de Julho.

A MCNET com esta adjudicação assumiu a responsabilidade de projectar, conceber, criar e explorar o Sistema de Janela Única Electrónica de Moçambique para responder as exigências do mercado livre, eliminando assim, os constrangimentos burocráticos que impedem a competitividade de Moçambique no mercado internacional.

A JUE¹⁰⁰⁷ foi lançada no dia 11 de Dezembro de 2011 e de acordo com a sua concepção é tida como o primeiro sistema electrónico dentro dos países da SADC que pela sua robustez pode ser integrado a outros sistemas aduaneiros dos outros países, permitindo a facilitação de troca de informações entre as entidades nacionais e estrangeiras¹⁰⁰⁸.

A implementação do Sistema de Janela Única Electrónica das Alfândegas para facilitar o comércio internacional permitiu Moçambique ascender três posições no *Ranking Doing Business*, do Banco Mundial de 2014, entre o ano de 2013 à 2014, posicionando-se hoje em 131^a, na classificação mundial de um conjunto de 189 economias de todo o mundo¹⁰⁰⁹.

A JUE facilitou o comércio internacional ao reduzir o tempo e o custo do desembaraço aduaneiro, transparência, consistência e redução da utilização de papel na tramitação de processos aduaneiros e, como resultado desta transparência e práticas melhoradas permitiu o aumento na arrecadação de receitas para o Estado.

- **Operador Económico Autorizado**

A figura do Operador Económico Autorizado (OEA) foi introduzida por Decreto n.º 34/2009, de 6 Julho – Regras Gerais de Desembaraço Aduaneiro de Mercadorias - no

¹⁰⁰⁷ A JUE está equipada de duas principais ferramentas, nomeadamente a *Tradenet*, que faz a gestão da submissão de informação padronizada pelos operadores do comércio, e a *Customs Management System (CMS)* - Sistema de Gestão Aduaneira que processa as declarações submetidas às Alfândegas e outras agências do Governo. Este sistema elimina as várias submissões outrora requeridas e passa para uma e só uma submissão da informação. Vide a caracterização da JUE na página www.mcnet.co.mz, acessido no dia 9 de Junho de 2014.

¹⁰⁰⁸ Boletim Informativo da Janela Única Electrónica (JUE) de 09 de Janeiro de 2014, in www.mcnet.co.mz, acessido no dia 9 de Junho de 2014.

¹⁰⁰⁹ Vide a comparação entre Moçambique e as outras economias quanto a facilidade do comércio internacional, in *Doing Business*, do Banco Mundial de 2004.

âmbito da operacionalização da Pauta Aduaneira, aprovada pela Lei n.º 6/2009, de 10 de Março.

A introdução desta figura está inserida nas estratégias de melhoramento do ambiente de negócios para atrair investimentos estrangeiros e nacionais privados e facilitar as importações e exportações de mercadorias.

O legislador define o Operador Económico Autorizado como uma *“pessoa jurídica que, no âmbito da sua actividade profissional, após a avaliação do cumprimento dos critérios estabelecidos pela administração aduaneira, é considerada um administrador fiável e de confiança, podendo beneficiar de vantagens adicionais no processo de desembaraço aduaneiro, no âmbito da sua actividade como importador e exportador”*¹⁰¹⁰.

A figura do Operador Económico Autorizado no Direito Aduaneiro moçambicano encontra como fonte de Direito Internacional a Convenção Internacional para a Simplificação e Harmonização dos Regimes Aduaneiros (Convenção de Quioto – Revisto)¹⁰¹¹.

A Autoridade Tributária de Moçambique emitiu o primeiro Certificado de Operador Económico Autorizado, no dia 23 de Maio de 2014, à empresa Fermentos de Moçambique, Lda. – Certificado n.º 001/AT-DGA/2014, por um período de 3 anos, através da Ordem de Serviço n.º 14/AT-DGA/2014.

O Diploma Ministerial n.º 314/2012, de 23 de Novembro, adopta o Regulamento do Operador Autorizado cuja fonte de Direito Internacional foi a Convenção Internacional para a Simplificação e Harmonização dos Regimes Aduaneiros.

Esta realidade pode ser constatada na análise comparativa entre estes dois instrumentos, onde se constata, por exemplo e a título ilustrativa a correspondência prescritiva entre o artigo 7º do Diploma Ministerial n.º 314/2012, de 23 de Novembro,

¹⁰¹⁰ Cfr., alínea m), do artigo 1º, Regras Gerais do Desembaraço Aduaneiro de Mercadorias, aprovado pelo Decreto n.º 34/2009, de 6 Julho.

¹⁰¹¹ Convenção Internacional para a Simplificação e Harmonização dos Regimes Aduaneiros foi elaborada sob os auspícios do Conselho de Cooperação Aduaneira, em Quioto, no dia 18 de Maio de 1973 e que entrou em vigor no dia 25 de Setembro de 1974. Esta Convenção foi revista pelo Conselho de Cooperação Aduaneiro, na sua sessão de 25 de Junho de 1999.

Elegibilidade e Requisitos para a Concessão do Certificado e o ponto 3.32 de Procedimentos Especiais para Pessoas Autorizadas da Convenção Internacional para a Simplificação e Harmonização dos Regimes Aduaneiros.

- **A Boa Governança e a Integridade nas Alfândegas de Moçambique**

A liberalização da economia moçambicana ditada pelas políticas económicas neoliberais que o país aderiu através das instituições da BWs desencadeou um conjunto de reformas para responder os ditames da economia do mercado.

De entre várias reformas sectoriais iniciadas em Moçambique, a reforma das Alfândegas esteve nas prioridades das prioridades por esta instituição desempenhar um papel preponderante na economia do país e por ser uma das fontes principais de arrecadação de receitas para o Estado¹⁰¹².

Os dados ilustram que antes do início das reformas, por exemplo, em 1996, as receitas cobradas pelas Alfândegas rondavam cerca de USD 86 milhões. Dois anos depois do início da reforma e com a entrada de Crown Agents na gestão das Alfândegas a receita subiu para USD 198 milhões, não obstante no mesmo período o Governo ter iniciado a redução dos direitos alfandegários para responder aos compromissos internacionais quanto a harmonização das tarifas cobradas no comércio internacional¹⁰¹³.

Os factos e as ilustrações acima mostraram que as reformas da administração e gestão das Alfândegas imprimidas pela empresa privada Crown Agents trouxeram bons resultados fruto da transparência ou seja da *accountability*.

Daí que, a boa governança e a integridade nas Alfândegas constitui a pedra de toque para a redução das barreiras comerciais, no melhoramento do ambiente de negócios e no aumento da arrecadação das receitas para o Estado.

¹⁰¹² Por exemplo, no ano de 2000, as Alfândegas arrecadaram 48,6% das receitas gerais do Estado. Vide, o estudo elaborado pelo MOSSE, Marcelo e CORTEZ, Edson (2006) *Corrupção e Integridade nas Alfândegas em Moçambique – Uma avaliação das boas práticas*, CIP, p. 4.

¹⁰¹³ Ibidem, p. 5

Não obstante, o Relatório da USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique de 2004, incidiu sobre a mesma vertente da necessidade da priorização da informação e no relacionamento com o público e os agentes económicos para uma maior transparência quanto aos actos e procedimentos deste ou seja promover uma boa governança.

A Reforma das Alfândegas inicia com os programas de reabilitação económica das instituições das BWS, Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional através da Unidade Técnica da Reestruturação das Alfândegas (UTRE), o *Department for International Development* (DFID) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

No âmbito desta ajuda ao desenvolvimento que passa pela remoção das barreiras que constroem todo o processo de reformas económicas e que deita abaixo um esforço financeiro avultado, está na aposta da boa governança.

Daí que, a promoção da integridade e a boa governança passa necessariamente por identificar os factores ou “áreas de risco” que fazem com que os agentes não se identifiquem ou seja não cumpram com a deontologia profissional e não tenham em consideração a componente de *accountability* nas suas obrigações profissionais e contratuais.

Os resultados do estudo feito pela CIP em 2006, intitulado “Corrupção e Integridade nas Alfândegas em Moçambique – Uma avaliação das boas práticas”, apontavam para as seguintes áreas de risco:

- i) O protagonismo que as Alfândegas detêm na colecta de receitas de tarifas e imposições aduaneiras sobre a importação e exportação de bens;
- ii) O sistema de prevenção e controlo de importação ilegal de bens (quer quanto aos ilícitos criminais - drogas e armas, quer quanto a sua não conformidade com o *standard* internacional de qualidade) e, o controlo da gestão de recursos humanos quanto a sua responsabilização e repressão da conduta desviante.

Em suma, o Estudo conclui que os sinais de equação que devem ser invertidos nas Alfândegas e que constituem oportunidades de encorajamento para a prática da

corrupção, suborno, desvio de fundos ou seja para a degradação da integridade e *accountability* dos agentes são: i) *Sistemas complexos e restritivos de controlo do comércio*; ii) *Altas tarifas aduaneiras*; iii) *Barreiras ao comércio de natureza não tarifária*; iv) *Isenções aduaneiras, maioritariamente atribuídas para ministros*; v) *Fraco sistema de controlo e supervisão*¹⁰¹⁴.

Outros estudos foram desenvolvidos pela Unidade Técnica de Reforma do Sector Público (UTRESP), por exemplo, o primeiro estudo feito em 2005 que colocava as Alfândegas em terceiro lugar como uma instituição mais desonesta abaixo da Polícia de Trânsito que se posicionou no topo.

Este estudo recomendava, de entre outras, a elaboração e a implementação da estratégia anti-corrupção e incidia no reforço do controlo disciplinar nas Alfândegas e noutras instituições¹⁰¹⁵.

O segundo estudo foi lançado em 2010 para perceber a evolução do fenómeno face aos primeiros resultados e ajudar a perspectivar uma nova abordagem e promoção a governança, a integridade e o combate a corrupção.

As Alfândegas no âmbito da ajuda financeira internacional para a remoção das barreiras comerciais ao desenvolvimento, viu-se na contingência de avançar com um Plano de Acção Anti-Corrupção em 2002 que levou a adopção de instrumentos ou mecanismos de controlo e responsabilização dentro da componente de integridade e *accountability*.

De entre as acções desenvolvidas, destaca-se a criação do Conselho Técnico Aduaneiro como um fórum de consulta às associações comerciais e despachantes aduaneiros na recolha de informação ou opiniões sobre o processo das reformas e da legislação, a elaboração do código de conduta que entrou em vigor em 2005 (o primeiro a ser introduzido no sector público em Moçambique), criação de uma linha telefónica para denúncias (24 horas por dia) e a implementação de um plano de rotação do pessoal.

¹⁰¹⁴ Ibidem, p. 9.

¹⁰¹⁵ Vide, o Portal do Governo de Moçambique, Notícias, Junho 2010.

Não obstante, no âmbito da luta contra o contrabando, as Alfândegas desenvolveram as seguintes acções: realização de operações especiais periféricas e *periódicas* em coordenação com a Polícia da República de Moçambique; inspecções ou auditorias pós-desembarque e visitas a estabelecimentos comerciais e industriais; criação de um Comité estratégico anti-contrabando de açúcar; estabelecimento de um sistema de *enforcement* visando a redução de importações ilegais¹⁰¹⁶.

O Plano de Acção Anti-Corrupção desenvolvido pelas Alfândegas teve como fonte de Direito Internacional a Declaração de Arusha, da Organização Mundial das Alfândegas, sobre a Integridade nas Alfândegas adoptada em 1993 e a Declaração de Maputo sobre a integridade, de 2002.

Por exemplo, a título ilustrativo, compulsando sobre as disposições do Código de Conduta das Alfândegas (Funcionários da Autoridade Tributária de Moçambique)¹⁰¹⁷ que teve como fonte de Direito Internacional o Projecto do Código de Ética e Conduta da Organização Mundial das Alfândegas, este acolhe quase na íntegra o factor-chave n.º 7 das recomendações sobre um programa nacional eficaz de integridade das Alfândegas estabelecido pela Declaração de Arusha¹⁰¹⁸ e ponto 4 da Declaração de Maputo de 2002¹⁰¹⁹.

Não obstante, Os onze elementos-chave do Projecto do Código de Ética e Conduta da Organização Mundial das Alfândegas são os mesmos estabelecidos no Código de Conduta dos Funcionários da Autoridade Tributária de Moçambique.

¹⁰¹⁶ MOSSE, Marcelo e CORTEZ, Edson (2006) *Corrupção e Integridade nas Alfândegas em Moçambique*, op. cit. p. 20.

¹⁰¹⁷ Código de Conduta das Alfândegas (Funcionários da Autoridade Tributária de Moçambique), aprovado pelo Conselho Directivo da AT, de 22 de Abril de 2008.

¹⁰¹⁸ De acordo com a Declaração de Arusha, o factor chave n.º 7, estabelece o seguinte: “*Um elemento chave de qualquer programa de integridade eficaz é o desenvolvimento, a emissão e a aceitação de um código de conduta abrangente, que estabelece em termos muito práticos e inequívocos, o comportamento esperado de todo o pessoal aduaneiro*”.

¹⁰¹⁹ O ponto 4 da Declaração de Maputo estabelece o seguinte: “*Desenvolver e implementar códigos de conduta apropriados nas administrações aduaneiras e de receitas, no sector privado e nos demais intervenientes que estabeleça claramente em termos muito práticos e inequívocos, o comportamento de todos os funcionários aduaneiros e de receita, do sector privado e dos demais intervenientes*”.

8.2.3. Direito Internacional do Trabalho e o Direito de Moçambique

O encontro e o desencontro entre o Direito Internacional do Trabalho e o Direito Laboral Interno inicia formalmente com a Constituição de 1975.

Este encontro foi precedido por um desencontro caracterizado por um pluralismo jurídico-laboral implantado pelo Direito Colonial.

O então pluralismo jurídico-laboral para além de estabelecer normas laborais distintas, entre o continente e o ultramar, tinha como pressupostos a discriminação racial e sexual quanto aos direitos humanos fundamentais do trabalho.

Não obstante, a mais gritante forma de discriminação laboral colonial em Moçambique e nos países colonizados foi caracterizada pelo trabalho forçado e pelas deportações laborais.

O Direito Internacional do Trabalho na vertente das Convenções Internacionais de Trabalho entra no Direito Interno Moçambicano obedecendo a formalidade descrita acima que é igual a de qualquer outro tipo de Tratado Internacional.

Todavia, tratando-se das Convenções da OIT deve-se ter em atenção as particularidades dispostas nesta que estabelece, entre outras, que o país que pretende ratificar qualquer Convenção da OIT deve ser feita através da autoridade competente daquele.

Para o caso moçambicano a autoridade competente é a Assembleia da República. Consequentemente, impõe a Convenção da OIT que a ratificação seja completa, isto é, o instrumento a ratificar deve ser tomado na sua totalidade, não permitindo reservas.

Todavia, se porventura o Estado membro concordar só com a parte do instrumento, este pode livremente incorporar o texto pertinente no seu ordenamento interno e que para todos os efeitos, deve considerar-se não ter havido qualquer ratificação.

As ratificações concluídas pelos Estados membros só entram em vigor um ano depois da data da sua aprovação.

A actividade humana – o trabalho – dada a sua importância e imprescindibilidade na vida humana e na sociedade global foi tido ao longo da história não só um meio da sobrevivência do individuo mas, sobretudo, uma forma de dignificação do próprio ser humano.

Por se reconhecer a importância e a vitalidade do trabalho, quer para o indivíduo, quer para a sociedade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou-o como um dos direitos humanos fundamentais¹⁰²⁰.

Não obstante, em 1988 a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

Para o efeito, a Conferência escolheu, de entre outras, oito Convenções como fundamentais e quatro outras como prioritárias.

As oito Convenções tidas como fundamentais são: Convenção n.º 29, sobre a eliminação do trabalho forçado; Convenção n.º 87, sobre a liberdade sindical e protecção ao direito de sindicalização; Convenção n.º 98, sobre a negociação colectiva; Convenção n.º 100, sobre a igualdade da remuneração; Convenção n.º 105, sobre abolição do trabalho forçado; Convenção n.º 111, sobre a discriminação no emprego e ocupação; Convenções n.º 138 e 182, sobre erradicação do trabalho infantil.

O Direito Internacional do Trabalho quanto a sua internacionalização em resposta a nova ordem jurídica internacional global na sua relação com o Direito interno dos Estados primou pela ideia da justiça social e estabeleceu como pressupostos básicos, de entre outras, o princípio *pro homine* da primazia da norma mais favorável¹⁰²¹ e os princípios que norteia a dignidade humana em sede do Direito ao Trabalho que devem ser observados obrigatoriamente pelos Estados-membros mesmo que não tenham ratificado

¹⁰²⁰ Cfr., n.º 1, 2, 3 e 4 do artigo 23º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagra: “*Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à protecção contra o desemprego...*”

¹⁰²¹ Cfr., §8, do artigo 19º da Convenção da OIT que dispõe: *Em caso algum, a adopção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, de um Estado-membro, de uma convenção deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costume ou acordo que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.*

as convenções, isto é, pelo simples facto de pertencerem à OIT ou mesmo que estes não façam parte da ONU¹⁰²².

O Estado moçambicano é membro da ONU e da OIT. Este tendo ratificado as Convenções e Declarações da OIT, por vínculo, deve respeitar, promover e realizar, de boa-fé e de acordo com a Constituição da OIT, os princípios relativos aos direitos fundamentais do trabalho.

O legislador constituinte moçambicano para responder a este imperativo internacional dispõe que *“os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”*.

Não obstante, a Constituição de Moçambique de 2004, consagra quatro capítulos dentro dos direitos e deveres económicos e sociais, a saber: artigo 84º, sobre o direito ao trabalho; artigo 85º, sobre o direito a retribuição e segurança no emprego; artigo 86º, sobre liberdade de associação profissional e sindical; artigo 87º, sobre o direito a greve e proibição de *lock-out*.

Estes artigos ou preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais do trabalho plasmados na Constituição moçambicana são na essência os princípios que norteiam a dignidade humana em sede do Direito do Trabalho, consagrados no ponto 2, da Declaração da OIT relativa aos princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998.

O encontro e desencontro entre o Direito Internacional do Trabalho e o Direito interno à luz do pluralismo jurídico global pode ser melhor elucidado através dos pressupostos ou da ideia socialista do proletariado e do neoliberal da economia do mercado que premiaram e moldaram a evolução e o desenvolvimento das normas laborais no ordenamento jurídico moçambicano, desde 1975.

¹⁰²² Cfr., ponto 2, da Declaração da OIT relativa aos princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, que dispõe: *“Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas tem um compromisso derivado do facto de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objecto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; ...”*.

8.2.3.1. Legislação laboral moçambicana e o Direito Internacional do Trabalho

O Estado moçambicano saído da independência nacional em 1975 abraça o modelo socialista, marxista-leninista, quanto as fontes de Direito e do desenvolvimento sócio-económico.

A 1ª Constituição de Moçambique independente, de 25 de Junho de 1975, dispõe no artigo 7º o seguinte: *“Na República Popular de Moçambique o trabalho é dignificado e protegido... o trabalho é um direito e um dever para todos os cidadãos... e constitui critério para a distribuição da riqueza nacional”*.

A história do trabalho em Moçambique, na sua vertente laboral, deste a escravatura, trabalho forçado vulgo *“chibalo”*, aquando do encontro colonial, estigmatizou o povo moçambicano.

O *“chibalo”* foi um dos pressupostos para o desencadeamento da luta da descolonização. Foi assim que depois da colonização, o novo Estado para inverter o fenómeno¹⁰²³ e restituir a dignidade, abraçou o socialismo tendo-se apoderado dos meios de produção capitalistas e os entregue aos operários e camponeses – o poder pertence ao povo.

A construção da nova sociedade livre da exploração do homem pelo homem passaria por dois pressupostos: eliminar a estrutura de opressão assente no modelo económico – capitalista – de acumulação e concentração de riquezas nas mãos de um grupo detentor dos meios e força de produção e desenvolver a planificação económica e administrativa centralizada no Estado.

Aquando do encontro colonial constatou-se que a relação ou a coexistência entre o Direito Internacional e o Direito Interno foi marcada pela supremacia do Direito da Coroa Portuguesa. Não obstante, as vicissitudes vividas ao longo da colonização e a experiência

¹⁰²³ Cfr. Artigo 9º da CRPM, de 1975 que dispõe o seguinte: *«a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente»*.

dos outros colonizadores¹⁰²⁴ ditaram a descentralização legislativa que culminou com uma pluralidade de normas dentro do mesmo império colonial.

A grande viragem neste movimento descentralizador e pluralista de normas deu-se com a entrada em vigor do Decreto de 23 de Maio de 1907 sobre a Organização Administrativa do Distrito de Moçambique, onde estabelecia a política indígena, seguida da Constituição Republicana de 1911 e a Lei de 15 de Agosto de 1914 (Lei orgânica da administração civil das províncias ultramarinas)¹⁰²⁵.

Com este desenvolvimento, a Constituição Republicana acabaria por abrir um novo espaço jurídico e administrativo nas Colónias – através desta prerrogativa especial - cujo poder legiferante caiu nas mãos do Governador-geral.

Este poder legiferante do Governador-geral era total e não encontrava limitação do direito civil ou político dos cidadãos.

Não obstante, as normas por este legiferadas eram de estrita aplicação aos indígenas. Não obstante, os outros habitantes continuavam a ser regidos pelas leis da Coroa portuguesa¹⁰²⁶.

Este novo espaço jurídico e administrativo, por ser especial, não tinha que se conformar com a Constituição Republicana¹⁰²⁷.

A política subjacente ao Direito Penal estava relacionada com a Lei do Trabalho e ligada aos objectivos primários do colono, a saber, a produção da riqueza através da exploração da força humana e dos materiais.

Foi com este intuito que apesar da abolição oficial da escravatura em 1769 e da declaração da liberdade de trabalho no ultramar português em 1875, o então governador

¹⁰²⁴ A experiência da Inglaterra e França no tocante ao modelo legislativo e governamental, primou primeiro pela *direct rule* e depois *indirect rules*. Desta experiência pode-se destacar dos Códigos penais das colónias britânicas e do Código penal metropolitano francês que continha disposições especiais para as colónias.

¹⁰²⁵ Vide, o Relatório da Lei n.º 277, de 15 de Agosto de 1914, in Alfredo Héctor Wilensky, La administración de justiça en África continental portuguesa, Lisboa, Junta de Investigación do Ultramar, 1971, pág. 112. Neste Relatório sugeria-se ao poder legiferante para uma descentralização legislativa nos assuntos relacionados com as colónias e que este só se debruçasse sobre princípios e aspectos gerais.

¹⁰²⁶ Vide, a Lei-base n.º 17 que limita e esclarece o alcance da aplicação das normas criadas para os indígenas.

¹⁰²⁷ MELLO, Lopo Vaz de Sampayo e (1910) Política Indígena, Magalhães e Moniz, Editores, Porto, pág. 178 – 179.

militar de Moçambique introduz o primeiro Regulamento de trabalho nas Colónias e em Moçambique em 1899.

Muito embora a justificação da introdução deste regulamento tivesse fundamentos no facto de que o trabalho dignifica, civiliza e humaniza o homem, isto é, de acordo com o proponente *“o trabalho é a missão mais civilizadora, a escola mais instrutiva, a autoridade mais disciplinadora, a conquista menos exposta a revolta...a educação que conseguirá metamorfosear brutos em homens”*¹⁰²⁸.

A Lei-base n.º 18 ao estabelecer as regras da definição do estatuto Civil, Político e Criminal dos Indígenas e o Sistema de Política Indígena, destaca claramente a necessidade de um direito criminal especial para os indígenas e autoriza a pena de prisão em trabalhos públicos não remunerados.

Dentro destas definições estabelece-se a base para a criação das instituições de trabalho forçado. Estas instituições permitiram o acolhimento ou implementação da filosofia penal subjacente onde a pena de prisão ficou diluída e reerguida a pena de trabalhos públicos e correcionais. Mais tarde, através do Decreto n.º 44307, de 27 de Abril de 1962, cria-se o Código Rural de Trabalho.

Depois da independência nacional de Moçambique o legislador constituinte adoptou como fonte de direito internacional o Direito Socialista – Soviético.

Daí que, a legislação laboral e os movimentos trabalhistas (sindicatos, associações profissionais e associações de interesses específicos) herdados do colonialismo foram extintos e estabeleceu-se um novo modelo laboral e de ação sindical assente no proletariado socialista e centralizado do poder.

Não obstante, no âmbito das relações internacionais, o Estado moçambicano tornou-se membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1976, tendo ratificado um conjunto de Convenções através do Decreto-lei n.º 22/77, de 28 de Maio¹⁰²⁹.

¹⁰²⁸ ENNES, António (1971) Moçambique – Relatório apresentado ao Governo, (1ª ed.: 1893) Agência Geral do Ultramar, Lisboa, p. 75.

¹⁰²⁹ Moçambique ratificou em 1977 as seguintes Convenções: Convenção n.º 1, tendente a limitar a oito horas por dia e quarenta e oito horas por semana, o número de horas de trabalho nos estabelecimentos industriais,

a) Decreto n.º 16/78, de 21 de Outubro - Normas de trabalho e disciplina no aparelho de Estado

A República Popular de Moçambique tendo abraçado o socialismo procurou consolidar e desenvolver a solidariedade com os países socialistas que apoiaram a luta de libertação nacional¹⁰³⁰. Estes países foram considerados os seus aliados naturais¹⁰³¹.

Na edificação do sistema socialista em Moçambique, inequivocamente, assumiu e consagrou o quadro constitucional laboral socialista (A Nova Constituição Soviética – Constituição Estalinista de 5 de Dezembro de 1936 e a Constituição da República Democrática Alemã de 1949) como fonte de Direito Laboral Internacional¹⁰³².

Assim, no âmbito desta dependência e subordinação legislativa, o legislador aprova o primeiro instrumento legislativo laboral, “Normas de trabalho e disciplina no Aparelho de Estado” em 1978, através do Decreto n.º 16/78, de 21 de Outubro.

adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1919; Convenção n.º 11, respeitante aos Direitos de Associação e de Coligação dos Trabalhadores Agrícolas, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1921; Convenção n.º 14, sobre a Aplicação de Repouso Semanal nos Estabelecimentos Industriais, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1922; Convenção n.º 17, sobre a Reparação dos Acidentes de Trabalho, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1925; Convenção n.º 18, sobre a Reparação de Doenças Profissionais, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1935; Convenção n.º 30, respeitante à Regulamentação da Duração do Trabalho no Comércio e nos Escritórios, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1933; Convenção n.º 52, respeitante às Férias Anuais Pagas, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1936; Convenção n.º 81, respeitante à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1947; Convenção n.º 88, sobre o Serviço da Colocação, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1948; Convenção n.º 100, sobre a Igualdade da Remuneração, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1951; Convenção n.º 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1957; Convenção n.º 111, sobre a Discriminação no Emprego e Ocupação, adoptado pela Conferência Geral da OIT em 1958.

¹⁰³⁰ No âmbito da ajuda e solidariedade socialista, o n.º 3, do artigo 6º, da Constituição da República Democrática Alemã de 1968, dispõe: “*the German Democratic Republic supports the states and peoples, which fight against the imperialism and its colonial regime, for national liberty and independence, in its struggle for social progress*”.

¹⁰³¹ Cfr., artigo 22.º da Constituição da República Popular de Moçambique de 1975.

¹⁰³² Cfr., artigos 14º, 15º, 16º, 17º, 18º da Constituição da República Democrática Alemã de 1949. Por exemplo, o artigo 18º, dispõe o seguinte: “*1. The republic shall create a uniform industrial law, a uniform labor jurisdiction and uniform industrial safety under relevant participation of the workers. 2. The condition of workers must be so constituted that the health, which cultural requirements and the family life of the workers is secured. 3. The Arbeitsentgelt must correspond to the achievement and ensure a human being-worthy existence for the workers and its members entitled to maintenance. 4. Man and woman, adults and young people have the rights to equal wages for equal work. 5. The woman enjoys special protection in the employer-employee relationship*”.

Estas normas, de acordo com o legislador, foram inspiradas nos princípios do marxismo-leninismo e visavam orientar os trabalhadores, estabelecer os seus deveres e direitos e as regras de trabalho e disciplina no Aparelho do Estado¹⁰³³.

b) Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro – A primeira Lei do Trabalho

A primeira Lei do Trabalho foi aprovada em 1985, dez anos depois da independência nacional, início da viragem do sistema socialista para o sistema da economia do mercado, quando o País tornou-se membro das instituições da BWs, em 1984. Não obstante, a primeira Lei do Trabalho revestiu-se do espírito e ideologia socialista, caracterizada por um forte protecionismo do trabalhador.

A Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro – Lei do Trabalho - apresenta uma longa introdução composta por princípios da filosofia laboral socialista plasmados na Constituição da República Democrática Alemã de 1949.

Consequentemente, o legislador colocado na encruzilhada da derrocada do sistema socialista retrata-se ao dispor no penúltimo parágrafo da introdução da Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro que *“a legislação do trabalho da República Popular de Moçambique inspira-se na luta do povo moçambicano contra o colonial-capitalismo e exploração, basea-se nas relações de trabalho do tipo novo, corresponde aos interesses dos trabalhadores e dá cumprimentos as orientações do Partido Frelimo, força dirigente do Estado e da sociedade moçambicana”*.

Esta Lei, ao querer responder os ditames da reconstrução nacional pós guerra colonial e guerra de desestabilização económica, faz uma simbiose entre os princípios laborais socialistas e os liberais da economia do mercado, libertando e descentralizando os poderes ao mesmo tempo que protege os direitos dos trabalhadores dentro de uma filosofia laboral socialista.

¹⁰³³ Cfr., §2, da introdução, do Decreto n.º 16/78 de 21 de Outubro que dispõe o seguinte: *“A implementação das leis recentemente aprovadas, sobre a organização do Estado Democrático Popular... exige uma definição de normas que, inspirados nos princípios do marxismo-leninismo, orientem os trabalhadores, estabeleçam os seus direitos e deveres e as regras de trabalho e disciplina no aparelho do Estado”*.

As reformas políticas e económicas iniciadas pela viragem do sistema socialista para o sistema de economia do mercado ditaram o fim da guerra interna e a adopção de uma nova constituição em 1990.

Esta Constituição introduziu o Estado de Direito Democrático em Moçambique. Com esta viragem o país entra numa fase complexa de reestruturação económica e política que obrigou o legislador a reformar e a criar novos instrumentos legislativos consentâneos com a nova realidade.

As reformas lideradas pelas instituições da BWs e parceiros de cooperação para o desenvolvimento ditaram alterações profundas na legislação laboral para adequá-la às políticas neoliberais da economia do mercado e garantir o exercício dos direitos individuais e colectivos dos trabalhadores.

Estas alterações tiveram como principal fonte de Direito Internacional as Convenções e Directrizes da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Face a esta conjuntura económica, o Estado moçambicano ratificou através da Resolução n.º 4/94, de 25 de Agosto, as seguintes Convenções da OIT, a saber, a Convenção n.º 87, sobre a liberdade Sindical e a Protecção do Direito Sindical; Convenção n.º 98, sobre o Direito de Organização e Negociação Colectiva; Convenção n.º 122, sobre a Política de Emprego; a Convenção n.º 144, relativa às Consultas Tripartidas destinadas a Promover a Execução das Normas Internacionais de Trabalho, todas através da Resolução n.º 4/94, de 25 de Agosto de 1994.

A Constituição da República de 1990, ao introduzir o Estado de Direito Democrático, estabeleceu as bases e parâmetros da actividade económica e laboral dentro das garantias liberais dos direitos individuais e colectivos de trabalho.

Assim, o legislador reforma a legislação laboral socialista marxista-leninista e toma como fonte de Direito Internacional as Convenções, Declarações e Recomendações da OIT.

O legislador constituinte procura encontrar-se com o Direito Internacional do trabalho quando na Constituição da República de 1990 introduz disposições de direitos fundamentais do trabalho, a saber: artigo 84º sobre direito do trabalho; artigo 85º, direito

à retribuição e segurança no emprego; artigo 86º, direito de associação profissional e sindical; artigo 87º direito à greve e proibição de *lock-out*; artigo 97º direito à assistência na incapacidade e na velhice; artigo 112º, dignidade e justiça salarial; artigo 121º trabalho infantil e; 223º tribunal de trabalho.

Para responder às exigências das reformas económicas impulsionadas pelas instituições da BWs, doadores e organizações de ajuda financeira ao desenvolvimento, o legislador ao encontro do Direito Internacional criou os seguintes instrumentos legislativos laborais para dar substância as disposições constitucionais laborais.

c) Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro – Criação dos Tribunais de Trabalho

O legislador ao aprovar a Lei n.º 18/92, de 14 de Outubro, que cria os Tribunais de Trabalho justifica e fundamenta dentro das transformações políticas, económicas e sócias que o país tem vindo a viver.

A criação dos Tribunais de Trabalho responde os imperativos do Estado de Direito Democrático. Estes são instrumentos que visam garantir o exercício e o usufruto dos direitos e liberdades fundamentais laborais consagrados na Constituição.

d) Decreto n.º 7/94, de 9 de Março – Cria a Comissão Consultiva do Trabalho

O legislador moçambicano respondendo os imperativos das reformas políticas e económicas viu-se na contingência de criar a Comissão Consultiva do Trabalho um órgão imprescindível na reestruturação e desenvolvimento económico.

A Comissão Consultiva do Trabalho assume um papel importante na promoção do diálogo e na concertação social, no âmbito das políticas económicas, sociais e do trabalho.

A criação deste órgão tripartido de consulta não só responde ao quadro jurídico-constitucional para o exercício da democracia em Moçambique mas surge como uma recomendação da OIT, organização de que Moçambique é membro.

A criação desta Comissão Consultiva do Trabalho teve como fonte de direito internacional a Convenção n.º 144, relativa às Consultas Tripartidas destinadas a promover a execução das Normas Internacionais do Trabalho.

A Comissão Consultiva de Trabalho de Moçambique foi criada muito antes do Estado Moçambicano ratificar a Convenção n.º 144, relativa às Consultas Tripartidas destinadas a promoção e execução das Normas Internacionais do Trabalho.

O legislador ratificou a Convenção através da resolução n.º 4/94, de 25 de Agosto. Moçambique embora membro da OIT, antes da ratificação da Convenção n.º 144 não estava vinculado e nem obrigado às consultas tripartidas, de acordo com o artigo 2º da Convenção supra.

Não obstante, o legislador entendeu e de acordo com as recomendações dos doadores que o desenvolvimento económico do País passaria por afirmação deste nos fóruns internacionais como plataforma para a atracção dos investidores estrangeiros.

Assim, este órgão apesar de ser preponderante no desenho das políticas económicas e sócias do País, no diálogo e defesa dos interesses de ambas partes (Governo, Empregadores e Trabalhadores) e na promoção e reestruturação económica, ele desempenha um papel internacional importante ao representar o País na Conferência Internacional do trabalho e nas Comissões de trabalho da SADC e da Unidade Africana¹⁰³⁴.

e) Lei n.º 8/98, de 20 de Junho – A segunda Lei do Trabalho

O legislador ao aprovar a Lei n.º 8/98, de 20 de Junho, fê-la em resposta às mudanças sócio económicas, políticas e estruturais no âmbito do trabalho, emprego e segurança no trabalho e concretamente para adequar a legislação laboral dispersa ao quadro jurídico da segunda Constituição da República de Moçambique que consagra o Estado de Direito Democrático e aproximá-la ao Direito Internacional.

¹⁰³⁴ Cfr., alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 2º do Decreto n.º 7/94, de 9 de Março.

No âmbito da reforma económica liderada pelas instituições de BWs e com a ajuda das organizações humanitárias e de desenvolvimento, o legislador viu-se na contingência de criar a Lei da Arbitragem – Lei n.º 11/99, de 8 de Junho. Não obstante, a Lei n.º 8/98, de 20 de Junho – Lei do Trabalho – já consagrava este modo de resolução de conflitos colectivos¹⁰³⁵.

O legislador ao criar esta Lei enfatiza dizendo: “*verificando-se a necessidade de regular, actualizar e melhorar o quadro legal existente em Moçambique referente a arbitragem, conciliação e mediação*”.

Todavia, as imposições ditadas pela economia de mercado e as relações comerciais internacionais exigiam uma dinâmica que obriga o legislador a criação desta nova Lei da Arbitragem¹⁰³⁶.

Dentro da mesma óptica legislativa, o Governo através do Conselho de Ministros, aprova o Decreto n.º 6/2001, de 20 de Fevereiro – Regulamento das Agências Privadas de Emprego.

f) Lei de Protecção de Trabalhadores Portadores de HIV-SIDA – Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro

A pandemia de HIV-SIDA em Moçambique, nas últimas décadas, tem estado a flagelar a sociedade moçambicana e tornou-se uma das grandes barreiras para o desenvolvimento económico e a concretização dos objectivos de desenvolvimento do millenium – erradicação da pobreza absoluta.

As organizações de ajuda ao desenvolvimento e os parceiros de assistência ao desenvolvimento nos programas da componente da saúde, ao se aperceberem do impacto de HIV-SIDA na sociedade¹⁰³⁷, constituindo uma ameaça objectiva ao exercício dos direitos fundamentais do cidadão, harmonia social e ao desenvolvimento do país envidaram esforços junto ao Governo para proteger os cidadãos vivendo com HIV-SIDA.

¹⁰³⁵ Cfr., artigos 116º e seguintes da Lei n.º 8/98, de 20 de Junho – Lei do Trabalho.

¹⁰³⁶ Cfr., Introdução da Lei n.º 8/98, de 20 de Junho – Lei do Trabalho.

¹⁰³⁷ A taxa de prevalência seropositiva, no ano de 2000, entre a população adulta, era de 12%. A esperança de vida era de 50 anos, tendo caído em 2010 para 36 anos.

Para o efeito, o Governo criou o Conselho Nacional de Combate ao SIDA através do Decreto n.º 10/2000, de 23 de Maio, no quadro do Plano Estratégico Nacional de Combate às DTS/HIV/SIDA.

Este órgão visa coordenar a gestão dos Programas Multi-sectoriais de Combate ao SIDA. O Conselho Nacional de Combate ao SIDA como órgão central e vocacionado para o combate ao SIDA é chamado ao combate através de várias acções, de entre outras, a prevenção da exclusão, estigmatização, discriminação e outras tendentes à protecção social e emocional das pessoas vivendo com HIV-SIDA, quer através de acções de educação, informação, sensibilização e assistência sanitária.

O programa de combate ao HIV-SIDA passou a ser a porta de entrada e a fonte do financiamento ao sector de saúde disponibilizado pelos parceiros de assistência externa ao desenvolvimento¹⁰³⁸.

No âmbito das reformas económicas e dentro das estratégias de remoção das barreiras para o desenvolvimento económico, o Governo viu-se obrigado a adoptar a lei de protecção de trabalhadores portadores de HIV-SIDA, estabelecendo assim os princípios gerais e garantias dos direitos fundamentais a todos os trabalhadores e candidatos a emprego a não discriminação nos locais de trabalho ou quando se candidatam a emprego, por serem suspeitos ou portadores do HIV-SIDA.

O legislador ao adoptar esta Lei responde aos imperativos das reformas económicas, assim como as obrigações assumidas pelo Estado como parte da Convenção da OIT n.º 122, relativa à política de emprego, ratificada pela Assembleia da República através da Resolução n.º 4/94, de 25 de Agosto.

Assim, o legislador encontra como fonte de Direito Internacional a Convenção da OIT n.º 122 na criação¹⁰³⁹ da Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro, sobre a Protecção dos trabalhadores Portadores de HIV-SIDA.

¹⁰³⁸ Vide, UNICEF – Relatório sobre Pobreza Infantil e Disparidades em Moçambique 2010, Maputo, 2011, p. 42, in <http://www.unicef.org/mz/cpd/documents/Pobreza-infantil-2010.pdf>, acedido no dia 23 de Junho de 2014.

¹⁰³⁹ “Com vista a estimular o crescimento e desenvolvimento económico, elevar os níveis de vida, corresponder às necessidades de mão-de-obra e resolver o problema do desemprego, cada membro deverá... promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido”. Cfr., n.º 1 do artigo 1º da Convenção da OIT n.º 122, relativa à política de Emprego.

g) Lei n.º 8/98, de 20 de Junho – A segunda Lei do Trabalho – e o Direito Internacional do Trabalho

No âmbito das reformas económicas e dentro da estratégia de atrair mais investimentos estrangeiros e nacionais privados, as instituições e organizações de ajuda humanitária e ao desenvolvimento apontavam como algumas das principais barreiras administrativas e constrangimentos institucionais a regulação excessiva da Lei do Trabalho moçambicano.

O relatório da USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique de 2004, indicava que a Lei do Trabalho de Moçambique não estava de acordo com as normas internacionais.

Não obstante, o mercado laboral moçambicano foi classificado como o “*mais regulamentado do que o dos nove países mais regulamentados do mundo*”¹⁰⁴⁰. Consequentemente, estas constatações criam entraves para o investimento empresarial e com este a redução de exportações e importações, factor preponderante e impulsionador da economia e do desenvolvimento.

Por outro lado, o desincentivo ao investimento empresarial ou industrial não só retarda o crescimento económico, como também aumenta o desemprego.

De acordo com os estudos levados a cabo pelas instituições da BWs e organizações de ajuda ao desenvolvimento, por exemplo através da USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique de 2004, para a identificação das barreiras legislativas laborais e constrangimentos institucionais que tornam Moçambique menos atractivo para o investimento ou para o ambiente favorável de negócios, de entre outras, pode-se apontar os seguintes:

- A estrutura e os pressupostos políticos e económicos subjacentes na Lei n.º 8/98, de 20 de Junho, Lei do Trabalho, ainda reflectem o espírito socialista. Esta Lei é demasiadamente proteccionista ao trabalhador.

¹⁰⁴⁰ USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit. p. 11

- Algumas disposições da Lei n.º 8/98, de 20 de Junho, não são claras, o que as tornam difíceis de interpretar, implementar e consequentemente, criam problemas na sua administração.
- O instrumento técnico e operacional referente ao instituto de aviso prévio de despedimento de trabalhadores e o da indemnização não está de acordo e harmonia com os padrões internacionais e Convenções que Moçambique é parte e signatária¹⁰⁴¹. Não obstante, por exemplo, a Lei do trabalho não está clara sobre que remuneração deve ser tomada como base de cálculo da indemnização.
- Os requisitos e a tramitação institucional para a contratação de mão-de-obra estrangeira deve ser aprimorada para que os empregadores satisfaçam num curto espaço de tempo as suas necessidades de mão-de-obra especializada e qualificada para às suas actividades.
- A definição, tipificação, modalidade, celebração e renovação de contratos laborais deve ser mais e melhor equacionados e esclarecidos.
- A modalidade, a obrigatoriedade e os direitos sobre o trabalho extraordinário e em regime de turnos devem ser mais objectivos.
- Os novos tribunais de trabalho que o legislador criou ao abrigo desta Lei do Trabalho devem ser regulamentados e postos em funcionamento dentro dos padrões exigidos pela lei ordinária e em harmonia com os instrumentos internacionais. Por exemplo, a Lei não dispõe claramente sobre quem pode fazer a arbitragem laboral. A resolução de disputas laborais é muito lenta e desgastante.

¹⁰⁴¹ O aviso prévio para a rescisão do contrato do trabalho deve ser feito com três meses de antecedência.

- As inspecções do trabalho são morosas, ineficazes, incongruentes e vulneráveis ao suborno e corrupção por não dispor de uma regulamentação clara e objectiva.
- Os custos associados a contratação e a manutenção de trabalhadores ainda são relativamente mais altos em Moçambique em comparação com as práticas da SADC e da organização para a cooperação e desenvolvimento económico (OECD).
- Deve-se simplificar e esclarecer os procedimentos a seguir para convocação de greves.
- Deve-se definir um quadro legal e regulador para a arbitragem e mediação extra-judicial dos conflitos laborais.
- Deve-se rever totalmente o actual sistema das indemnizações laborais.
- O Código Comercial está mais virado para a componente empresarial ou seja a constituição, organização e funcionamento dos indivíduos ou grupos sociais. A Lei de Trabalho devia valorizar esta perspectiva organizacional e funcional de fazer negócios para regular estes factos e dinâmica.

Não obstante, as pesquisas feitas às empresas e os resultados da análise do quadro legal para grandes empresas em Moçambique revelaram que os regulamentos de trabalho constituíam um grande obstáculo¹⁰⁴² que desencorajam a expansão e investimento empresarial.

¹⁰⁴² Do estudo feito junto às empresas moçambicanas, 45% apontam os regulamentos laborais como o mais severo obstáculo para o desenvolvimento das empresas, mais do que o tripulo da média dos países africanos que ronda nos 15%. Vide, Ministério de Planificação e Desenvolvimento e Banco Mundial – Criação de Emprego em

Os resultados das pesquisas feitas às empresas de processamento ou transformação (vestuário, caju, tabaco) indicaram que o grande obstáculo para o desenvolvimento destas indústrias é a Lei do Trabalho em vigor que era extremamente rígida.

O grande constrangimento, por exemplo, para a competitividade destas indústrias, estava na falta da flexibilidade legislativa em permitir a expansão ou redução da força de trabalho mediante a variante procura/oferta do mercado.

A expansão da força do trabalho para estas indústrias passaria por utilização de turnos múltiplos que requerem novas contratações e a redução dos turnos que passariam por despedimentos. Portanto, a Lei do Trabalho não criava espaço para esta flexibilidade exigida para o desenvolvimento e competitividade das empresas na economia do mercado, dada a sua rigidez, quanto ao recrutamento de mão-de-obra estrangeira especializada, despedimentos quase impossíveis, indemnizações dispendiosas, trabalhos extraordinário, regime de trabalho em turno¹⁰⁴³.

Na essência e concretamente, a recomendação feita pelos doadores e organizações de ajuda ao desenvolvimento tornou-se uma das fontes indirectas do Direito Internacional e condição para a disponibilização financeira destes para o Orçamento Geral do Estado¹⁰⁴⁴. O Governo para garantir a ajuda financeira viu-se coagido a preparar um conjunto de reformas legislativas laborais com a colaboração dos principais parceiros e submeteu à Assembleia da República, em Agosto de 2006¹⁰⁴⁵.

A Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto – Lei do Trabalho reformada - acolheu, de entre outras as seguintes matérias laborais: artigo 31º, sobre o trabalhador estrangeiro; artigo 90º, sobre o trabalho extraordinário; artigo 92º, sobre o trabalho em regime de turnos; artigo 99º, sobre a duração do período de férias; artigo 101º, sobre antecipação,

Moçambique é a Lei do Trabalho a Resposta? Discussion Papers n.º 35P, Novembro de 2006, Elaborado por Fausto Mafambissa (Direcção Nacional de Estudos e Análises Políticas) e Louise Fox (World Bank), p.1. Veja também, OIT – A Relação entre a Lei do Trabalho e o Desenvolvimento e Crescimento de Micro Pequenas e Médias Empresas (MMPEs) - Estudo de Caso: Moçambique – Relatório Implementado pela OIT - Outubro de 2008., p.6

¹⁰⁴³ Ibidem, p. 41

¹⁰⁴⁴ Cfr., Ponto 5 da Matriz de Acção, Anexos, in USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique, op. cit. p. 47.

¹⁰⁴⁵ Ministério de Planificação e Desenvolvimento e Banco Mundial – Criação de Emprego em Moçambique é a Lei do Trabalho a Resposta? Discussion Papers n.º 35P, Novembro de 2006, Elaborado por Fausto Mafambissa (Direcção Nacional de Estudos e Análises Políticas) e Louise Fox (World Bank), p.i)

adiamento e acumulação de férias; n.º1 do artigo 166º, sobre a extensão do regime jurídico da regulamentação colectiva de trabalho; artigos 180º à 185º, sobre procedimentos da negociação colectiva; artigos 186º e 187º sobre o processo de mediação; artigos 188º à 193, sobre a arbitragem laboral; artigos 130º e 131º, sobre rescisão do contrato por iniciativa do empregador, com aviso prévio e as formalidades; artigos 207º à 215º, sobre procedimentos, efeitos e exercício efectivo da greve.

O legislador moçambicano, depois da aprovação da Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto, Lei do Trabalho, como lei base, redobrou-se na criação da legislação complementar, tendo delegado as competências ao Conselho de Ministros para aprovar os regulamentos e a legislação complementar, de acordo com o artigo 269º, da Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto.

O Governo, através do Conselho de Ministros e de acordo com as recomendações das Instituições da BWs e Organizações Internacionais de Desenvolvimento e Doadores, aprovou, sucessivamente, a seguinte legislação complementar:

- Decreto 53/2007, de 3 de Dezembro que aprova o Regulamento da Segurança Social Obrigatória.
- Resolução n.º 4/2008, de 30 de Maio – Ratifica o Instrumento da Emenda da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, adoptado pela 85ª Secção da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, aos 19 de Junho de 1997.
- Decreto n.º 55/2008, de 30 de Dezembro – Regulamento Relativo aos Mecanismos e Procedimentos para a Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira.
- Decreto n.º 49/2009, de 14 de Agosto – Regulamento da Inspeção Geral do Trabalho (IGT) e revoga o Decreto n.º 32/89, de 8 de Novembro e o Diploma Ministerial n.º 88/99, de 11 de Agosto que altera alguns artigos.

O novo Regulamento da Inspeção Geral do Trabalho passou a ter 49 artigos contra 39 do Regulamento revogado.

Este novo Regulamento está melhor estruturado, separa os deveres dos poderes do pessoal de inspecção e indica-as exhaustivamente de uma forma clara e objectiva¹⁰⁴⁶.

O Regulamento consagra uma secção sobre “Elaboração e Tramitação do Auto de Notícia”, onde dispões pormenorizadamente os procedimentos conducentes a elaboração e tramitação do auto de notícias, assim como um capítulo sobre o “Pessoal de Inspeção” e outro sobre “Deontologia Profissional”. Não obstante, em anexo, estabelece o Glossário sobre o Regulamento¹⁰⁴⁷. Este estabelece, de entre outras disposições, quanto as novas atribuições da IGT e no tocante ao domínio da colocação, emprego e contratação de mão-de-obra estrangeira, no domínio da segurança social obrigatória e na actividade da inspecção.

- Decreto n.º 50/2009, de 11 de Setembro – Cria a Comissão de Mediação e Arbitragem Laboral (COMAL) e aprova o respectivo Regulamento.
- Decreto-Lei n.º 2/2011, de 19 de Outubro - Estabelece o Regime Jurídico das condições à contratação de cidadãos de nacionalidade estrangeira para prestação de serviços na Função Pública moçambicana e revoga o Decreto-lei n.º 17/75, de 9 de Outubro.
- Decreto n.º 63/2011, de 7 de Dezembro – Regulamento de Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira no Sector de Petróleos e Minas.

¹⁰⁴⁶ Cfr. Secção III – Deveres e poderes do pessoal de inspecção, no Decreto n.º 49/2009, de 14 de Agosto – Regulamento da Inspeção Geral do Trabalho (IGT).

¹⁰⁴⁷ Cfr., Capítulos III e IV e os anexos do Decreto n.º 49/2009, de 14 de Agosto – Regulamento da Inspeção Geral do Trabalho (IGT).

O processo de desenvolvimento económico e social do país ditou que o legislador se abrisse ao Direito Internacional quanto aos novos mecanismos e procedimentos para a contratação de cidadãos de nacionalidade estrangeira.

Este concretiza este encontro legislativo através do Decreto n.º 55/2008, de 30 de Dezembro. Não obstante, os resultados das prospecções e exploração mineira e petrolífera iniciada nos anos 90 e cuja produção e exportação iniciaram com o Gás de Pande em 2004, assim como a entrada de várias empresas multinacionais na pesquisa e exploração dos recursos naturais, levou o Governo a apostar no desenvolvimento da indústria mineira e petrolífera como alternativa viável e fácil de obter o capital para responder o crescimento económico e redução da pobreza.

Nesta visão, constringido com o problema de falta de mão-de-obra moçambicana qualificada para a actividade mineira e petrolífera, o Governo aprova um Regulamento específico para a contratação de cidadãos de nacionalidade estrangeira no sector de Petróleos e Minas.

O legislador ao criar um Regulamento específico para o Sector de Petróleos e Minas quis conferir algumas vantagens, a saber, em comparação com o Regulamento de Contratação de Estrangeiros no Regime Normal¹⁰⁴⁸.

Não obstante, neste encontro entre o Direito Interno e o Direito Internacional do Trabalho, quanto à contratação de cidadãos estrangeiros, o legislador não se fez esperar e como medida complementar ratifica a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e membros das suas Famílias, de 1990, através da Resolução 1/2012, de 26 de Junho.

¹⁰⁴⁸ Decreto n.º 63/2011, de 7 de Dezembro – Regulamento de Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira no Sector de Petróleos e Minas oferece algumas vantagens em relação ao Decreto n.º 55/2008, de 30 de Dezembro – Regulamento Relativo aos Mecanismos e Procedimentos para a Contratação de Cidadãos de Nacionalidade Estrangeira (normal), de entre outras, pode-se realçar as disposições sobre trabalho de curta duração (o período a considerar passa de 30 dias para 180 dias) e quanto ao Regime de contratação mediante a autorização de trabalho o requerimento deve ser acompanhado por Parecer da entidade que superintende o Sector de Petróleos e Minas, o qual se deverá pronunciar sobre a pertinência ou não da contratação do cidadão de nacionalidade estrangeira. Cfr., artigos 8º, 12º e 15º do Decreto n.º 63/2011, de 7 de Dezembro.

- Decreto n.º 62/2013, de 4 de Dezembro – Regulamento que estabelece o Regime Jurídico de Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais e revoga o Diploma Legislativo n.º 1706, de 19 de Outubro de 1957.
- Decreto n.º 80/2013, de 31 de Dezembro de 2013 – Formulário Único para a Constituição, Registo e Licenciamento de Empresas, Atribuição do NUIT, bem como Declaração de início de Actividade, Inscrição de Trabalhadores no Sistema de Segurança Social e Horário de Trabalho.
- Decreto n.º 11/2014, de 26 de Março – Estatuto Orgânico da Inspeção-Geral do Trabalho.

8.2.4. O Direito Internacional Penal e o Direito de Moçambique

O Direito Internacional Penal, embora coevo às relações internacionais ou seja ao Direito Internacional, foi acompanhado por sanções penais contra sujeitos e indivíduos violadores das normas internacionais.

Apesar dos esforços da comunidade internacional na responsabilização dos infractores e na punição do ilícito internacional, os Estados territoriais surgem como a primeira instância e plataforma indispensável para o combate ao ilícito criminal e garantes ao Direito à Justiça, assim como quanto a promoção e protecção dos direitos humanos fundamentais do cidadão.

Não obstante, os ilícitos criminais, tais como, a pirataria em alto-mar, o tráfico de escravos, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, o genocídio, o apoderamento ilícito de aeronaves, o terrorismo e outros, remontam da antiguidade cuja repressão assentavam no costume internacional.

Para a prevenção e protecção dos sujeitos do Direito Internacional e da comunidade internacional em geral, a sociedade internacional adoptou instrumentos, tipificando os ilícitos criminais e as suas respectivas sanções.

Para o efeito, de entre outras, a sociedade internacional conta hoje com normas estabelecidas em Convenções Internacionais, tais como: o Acto de Berlim (1885); Acto Antiescravagista de Bruxelas (1890); Convenção de Chicago (1944), relativa a aeronaves; Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e Punição do Crime do Genocídio (1948); Convenção de Genebra sobre o Alto-Mar (1958); Convenção de Montego Bay (198), relativos a pirataria em alto-mar; Convenção contra Escravatura concluída pelo Conselho Económico e Social da ONU (1956); Convenções de Paris contra a Escravidão ou Tráfico de Mulheres e de Crianças (1904 e 1910); Convenção de Haia (1970), captura ilícita de aeronaves, a Convenção de Montreal (1971), relativa a ilícitos contra a segurança da aviação civil internacional; Protocolo de Montreal (1988), contra violência praticada nos aeroportos; Convenção das Nações Unidas para

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vista à abolição da pena de morte; Convenção das NU sobre os Direitos da Criança; Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; o Estatuto de Roma que estabelece o Tribunal Penal Internacional e vários outros instrumentos transnacionais e regionais¹⁰⁴⁹.

O combate ao ilícito criminal, quer nacional quer internacional, passa necessariamente por uma relação incidível entre o Iureito internacional e o Direito Interno dos Estados.

A nova conjuntura internacional ditada pelo fim das guerras mundiais encontrou na Declaração Universal dos Direitos Humanos um ponto de partida e convergência para o relançamento da relação que se pretenda profícua e de interdependência necessária entre estas duas instâncias normativas para o estabelecimento da ordem, da justiça, da paz e da segurança nacional e internacional.

8.2.4.1. A Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 e o Direito Internacional Penal

O Estado Moçambicano erguido da independência nacional em 1975 manteve em vigência o Código Penal Colonial que datava de 1886. Historicamente, este Código Penal de 1886 manteve-se em vigor resistindo as Constituições de 1975, 1990 e 2004 até a aprovação do novo Código Penal, pela Assembleia da República, no dia 28 de Novembro de 2014, Lei n.º 35/2014 de 31 de Dezembro.

Embora a Constituição Moçambicana de 1975 tenha feito ressalva, estabelecendo que toda a legislação anterior no que for contrária a Constituição fica automaticamente revogada¹⁰⁵⁰, o Código Penal de 1886 manteve quase todas as suas disposições, tendo

¹⁰⁴⁹ CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, op. cit., p. 667.

¹⁰⁵⁰ Cfr., artigo 7º1 da CRPM de 1975.

sofrido algumas pequenas e pontuais alterações para acomodar a evolução da criminalidade nos últimos tempos.

Na essência, estas alterações pontuais ao longo destes anos, assim como a adopção pelo legislador moçambicano de novas Leis e Decretos de legislação criminal complementar ditaram o encontro ou o desencontro entre o Direito Internacional Penal e o Direito Interno Moçambicano.

O primeiro encontro ou desencontro entre o Direito Internacional Penal e o Direito Interno deu-se antes da independência nacional, ou seja, inicia com a assinatura do Acordo de Lusaka, no dia 7 de Setembro de 1974, que pôs termo a guerra colonial em Moçambique e estabeleceu o Governo de transição rumo a independência nacional.

O Acordo de Lusaka deu início ao processo de descolonização e consequentemente do abandono de empresas pelos respectivos proprietários avessos ao novo regime e temendo represálias.

Esta situação de abandono abriu espaço para a adopção de medidas de carácter económico, político e penais que visavam possibilitar a intervenção do Estado quer para dinamizar a actividade económica (para garantir a paz social e progresso económico) quer para impedir actos subversivos que poderiam prejudicar a economia e a reconstrução nacional de Moçambique¹⁰⁵¹.

O Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, foi o ponto de partida para o lançamento da estratégia governamental no tocante às intervenções e nacionalizações, pressuposto básico para a edificação de uma nova economia socialista.

A Constituição soviética de 5 de Dezembro de 1936 estabelecia a base económica do sistema socialista que devia consistir “...na posse socialista dos utensílios e meios de produção, firmemente estabelecidos em substituição do sistema económico capitalista, com abolição da propriedade privada dos utensílios e meios de produção e com a eliminação da exploração do homem pelo homem”¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ Cfr., introdução do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro.

¹⁰⁵² Cfr., artigo 4.º da Constituição Soviética de 5 de Dezembro de 1936.

Dentro desta filosofia política, económica e penal o Governo de transição, através do Decreto-Lei n.º 11/74, de 2 de Novembro, estabelece os crimes contra a descolonização e as respectivas molduras penais.

Não obstante, o legislador através do Decreto-Lei n.º 12/74, de 2 de Novembro, elimina certos direitos e liberdades individuais, ou seja, garantias individuais, nomeadamente, a providência de *habeas corpus*¹⁰⁵³.

O Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro, ao mesmo tempo que estabelece medidas para a intervenção do Estado na economia e que impeça que essa actividade seja deliberadamente prejudicada, estabelece medidas de carácter penal para impedir ou dissuadir actos que possam instaurar um clima de insegurança social e económica¹⁰⁵⁴.

Estes Decretos-leis abrem-se as normas internacionais penais socialistas de economia centralizada¹⁰⁵⁵, ao mesmo tempo que desencontram-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto aos direitos e garantias individuais.

Com a entrada em vigor da primeira Constituição da República Popular de Moçambique, em 25 de Junho de 1975, cria-se os pressupostos da nova filosofia penal que encontra como base a então Constituição Soviética (Estalinista) de 1936, constituindo assim a sua fonte internacional do Direito Penal.

Como pressuposto básico, a Constituição de 1975 revoga toda a legislação contrária à esta nova filosofia penal socialista e marxista-leninista.

Os preceitos relativos aos Direitos Fundamentais penais consagrados na Constituição da República Popular de Moçambique de 1975 não só tiveram como fonte

¹⁰⁵³ O artigo 1º do Decreto-Lei n.º 12/74, de 2 de Novembro, dispõe: “os detidos suspeitos de práticas de crimes contra a descolonização não beneficiarão do disposto no artigo 315º do Código do Processo Penal”.

¹⁰⁵⁴ Cfr., artigos 13º e 14º do Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro.

¹⁰⁵⁵ Vide, o comentário ou pretextos da AeMO (Associação dos Espoliados de Moçambique): “... Mas, é claro, eu compreendo-os muito bem: é preciso seguir à risca os mandamentos do marxismo soviético, porventura do maoísmo, é preciso satisfazer o preceituado, o mandato dos seus senhores e patrões, já que deles vem todo o apoio em armas, dinheiro e equipamentos para os mais diversos fins. Além do apoio socialista internacional”. In <http://www.macua.org/livros/Ospretextos.htm>, acedido em 24 de Novembro de 2013.

de direito internacional penal socialista mas sobretudo foram uma transposição dos preceitos penais da Constituição Soviética Estalinista de 1936¹⁰⁵⁶.

No processo da reconstrução nacional e da edificação de uma sociedade socialista, a área da justiça, defesa e segurança foi considerada uma das prioritárias de reforma e criação legislativa.

Esta realidade ditou que logo depois da independência o Governo aprovasse o Decreto-Lei nº 21/75, de 11 de Outubro, que cria o Serviço Nacional de Segurança Popular (SNASP), com atribuições e poderes judiciais ou quase-judiciais. E no mesmo mês foi aprovado o Decreto nº 25/75, de 18 de Outubro, que aprova a criação da Polícia de Investigação Criminal (eliminada a então Polícia Judiciária) e a sua integração nas estruturas do Ministério do Interior.

No âmbito da defesa da economia nacional foi aprovado o Decreto n.º 9/79 de 30 de Junho, que integra a Polícia Aduaneira no Ministério do Interior, posteriormente transferida para os Serviços Nacionais de Segurança Popular (SNASP) que vela pela defesa e segurança do Estado.

O Estado para alcançar o grande sonho ideológico tomou como modelo os trilhos dos países socialistas – apoderou-se dos meios de produção capitalista e entregou-os aos operários e camponeses ou seja ao povo.

Esta medida respondia um dos propósitos da luta e constituía um dos objectivos fundamentais da República Popular de Moçambique consagrado na Constituição: «*a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais e tradicionais e da mentalidade que lhes está subjacente*»¹⁰⁵⁷.

A construção da nova sociedade livre da exploração do homem pelo homem passaria por dois pressupostos: eliminar a estrutura de opressão assente no modelo

¹⁰⁵⁶ A título ilustrativo pode-se constatar, por exemplo, que os artigos 33º da CRPM sobre liberdades individuais, ou seja a inviolabilidade de domicílio e segredo de correspondência é uma cópia literal do artigo 128º da CURSS; artigo 35º da CRPM sobre a inviolabilidade pessoal e arbitrariedade prisional é *ipsis litteris* ao artigo 127º da CURSS; artigo 36º da CRPM sobre actos de traição à pátria, subversão, sabotagem e espionagem é igual ao artigo 133º da CURSS; artigo 62º da CRPM sobre o poder e a administração da justiça é cópia do artigo 102º da CURSS; artigo 65º da CRPM sobre a independência dos juízes e igual ao artigo 112 da CURSS; artigo 25º da CRPM sobre direito de asilo é igual ao artigo 129º da CURSS; e seguintes.

¹⁰⁵⁷ Cfr., artigo 4º, da CRPM, de 1975.

económico – capitalista – de acumulação e concentração de riquezas nas mãos de um grupo detentor dos meios e força de produção e desenvolver a planificação económica e administrativa centralizada no Estado¹⁰⁵⁸.

Estes dois pressupostos ditaram a evolução e o desenvolvimento legislativo económico e consequentemente penal para a defesa do poder económico neste período revolucionário de 1975 até 1984.

Quanto à justiça penal, o Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto, fazendo jus à estratégia política da construção de uma nova sociedade, onde o poder reside nos operários e camponeses, livre da exploração do homem pelo homem e do preconizado pela Constituição da República Popular de Moçambique de 1975, que dispõe no seu artigo 35º que: “*O Estado garante aos arguidos o direito à defesa*” decreta a proibição do exercício da advocacia privada.

Esta medida de proibição e encerramento dos escritórios dos advogados cai dentro da política das nacionalizações por contrariar a dinâmica da revolução socialista dada a incompatibilidade do exercício da advocacia privada com a justiça ao serviço das largas massas do povo moçambicano¹⁰⁵⁹.

Através deste Decreto-Lei, o legislador revoga todas as disposições legais que exigem a constituição do mandatário judicial para a prática de qualquer acto ou intervenção em qualquer processo e autoriza as partes praticar por si todos os actos que lhes digam respeito¹⁰⁶⁰.

O Estado para garantir o direito à justiça ao cidadão ou seja o direito a defesa aos arguidos cria o Serviço Nacional de Consulta e Assistência Jurídica sob jurisdição da Procuradoria-Geral da República¹⁰⁶¹.

Dentro desta viragem ideológica, o legislador ao estabelecer a laicidade do novo Estado Moçambicano e a separação absoluta entre o Estado e a religião, através do artigo

¹⁰⁵⁸ Cfr., artigo 9º da CRPM, de 1975.

¹⁰⁵⁹ Cfr., introdução do Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto.

¹⁰⁶⁰ Cfr., n.º 1 e 2 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto.

¹⁰⁶¹ Cfr., artigo 2º do Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto.

19º da Constituição da República Popular de Moçambique, revoga as disposições sobre os crimes contra a religião consagrados no Código Penal de 1886.

Esta medida constitui um dos pressupostos ideológicos e da filosofia penal socialista que encontramos plasmados, por exemplo, no artigo 124º da Constituição Soviética (Estalinista) de 1963.

A edificação de uma sociedade socialista, nos primeiros anos da independência, foi contrariada pelos saques dos bens do Estado.

Esta realidade ditou que o legislador adoptasse medidas preventivas e repreensivas para combater este mal. Para o efeito, o legislador aprova a Lei n.º 1/79, de 11 de Janeiro – protecção dos bens do Estado. Muito embora o Código Penal previsse este ilícito, esta Lei tinha a particularidade de punir estes ilícitos com penas mais graves dos que já previstos no Código Penal.

A edificação do socialismo e da economia centralizada, viveu momentos conturbados de carência de produtos alimentares e de bens materiais que fez com que alguns comerciantes oportunistas açambarcassem os produtos para a especulação de preços.

Por outro lado, o país começava a registar momentos de instabilidade política e social devido a guerra iniciada pela RENAMO que tendia a paralisar a economia nacional e que instalou uma insegurança total.

Esta realidade ditou um desencontro total e completo com o Direito Internacional global no tocante aos Direitos Humanos, quanto para o efeito, o legislador aprova a Lei n.º 5/83, de 31 de Março, sobre chicotadas e pena de morte.

Não obstante, a primeira Constituição de Moçambique de 1975 não previa a proibição expressa da pena de morte. Este justifica este desencontro ao sentir que a pena de prisão como medida dissuasora e repressiva não estava a ter a eficácia desejada para deter a onda de crimes graves contra a vida e tranquilidade de pacíficos cidadãos, constituindo uma ameaça a Pátria e a Revolução¹⁰⁶².

¹⁰⁶² Cfr., § 13 e 15 da introdução da Lei n.º 5/83, de 31 de Março.

O recrudescer do conflito armado ditou que o legislador aprovasse a Lei n.º 17/87, de 21 de Dezembro – Lei dos Crimes Militares. Nesta Lei, o legislador, de entre as penas principais estabelecidas, inclui a pena de morte, sendo esta executada por fuzilamento¹⁰⁶³. Por outro lado, de entre as penas acessórias, encontra-se a pena de chicotadas¹⁰⁶⁴.

Não obstante, a Lei n.º 1/83, de 16 de Março – Segurança do Povo e do Estado Popular - que actualiza a Lei n.º 2/79, de 1 de Março, punia os diversos crimes com a pena de morte.

A Constituição de Moçambique 1990, da viragem para o Estado de Direito Democrático e do encontro ao Direito Internacional, elimina a pena de morte na República de Moçambique.

O legislador, respondendo a nova ordem constitucional e para permitir a realização dos direitos e liberdades fundamentais, revoga a Lei n.º 1/83, de 16 de Março através da Lei n.º 19/91, de 16 de agosto, que aprova a Lei dos Crimes contra a Segurança do Estado.

8.2.4.2. As políticas neoliberais da economia do mercado (1985) e o direito Internacional Penal

A reestruturação económica (1985-1994) impulsionada pela viragem do sistema económico nacional ditou uma nova estratégia económica de desenvolvimento e consequentemente uma política ou filosofia penal neoliberal.

A comunidade internacional preocupada com a protecção dos direitos humanos fundamentais e neste caso concreto com os crimes hediondos, sendo Moçambique parte dos vários instrumentos internacionais penais, para a eficácia dos mesmos tem recomendado este para a adopção de medidas internas e cooperação internacional para a prevenção e combate dos mesmos. A este apelo juntou-se o compromisso do Governo com os Parceiros Estratégicos de Cooperação e com as instituições de BWs e FMI que

¹⁰⁶³ Cfr., alínea e) do n.º 1 e o n.º 2, do artigo 20º da Lei n.º 17/87, de 21 de Dezembro.

¹⁰⁶⁴ Cfr., alínea e) do artigo 21º da Lei n.º 17/87, de 21 de Dezembro

permitiu reformas no ordenamento jurídico interno e a introdução de algumas normas ou adopção de disposições internacionais, ao encontro do Direito Internacional, tais como, de entre outras os seguintes:

- a) Dada a situação geográfica de Moçambique – corredor para o Interland – e as suas fragilidades no controlo das suas longas fronteiras, este tem sido um dos países usado por traficantes de drogas e outras substâncias psicotrópicas.

Daí, o apelo da comunidade internacional para que o país adopte medidas de prevenção e combate a droga aos níveis e padrões internacionais.

Este apelo fez com que o legislador projectasse o Direito Interno ao encontro do Direito Internacional quer nas suas relações quanto a cooperação e segurança, quer na adopção dos instrumentos internacionais de prevenção e combate ao crime, tais como:

- A nível regional da SADC – o legislador adoptou o Protocolo sobre o Combate ao Tráfico Ilícito de Drogas, o Protocolo sobre o Controle de Armas de Fogo, Munições e outros Materiais Conexos, o Protocolo sobre Cooperação em Assuntos de Defesa Política e Segurança, o Protocolo sobre Assuntos Jurídicos, o Protocolo sobre Extradicação, o Protocolo sobre Auxílio Judiciário Mútuo e Matéria Penal e o Protocolo de Livre Circulação de Pessoas e Bens;
- Ao nível das Nações Unidas – o legislador adoptou a Convenção Única das Nações Unidas sobre estupefaciente (1961)¹⁰⁶⁵, Convenção das Nações Unidas sobre substâncias psicotrópicas (1971)¹⁰⁶⁶, Convenção das Nações Unidas sobre o Combate ao Tráfico Ilícito de Drogas e Substâncias Psicotrópicas (1988)¹⁰⁶⁷;

¹⁰⁶⁵ Ratificada através da Resolução n°7/90, de 13 de Setembro.

¹⁰⁶⁶ Ratificada através da Resolução n°8/90, de 13 de Setembro.

¹⁰⁶⁷ Ratificada através da Resolução n°11/96, de 4 de Maio.

- Ao nível da Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa (CPLP) – o legislador adoptou o Acordo de Cooperação entre os governos integrantes da CPLP, relativo à Redução de Demanda, Prevenção do Uso Indevido e Combate à Produção e Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, Acordos de cooperação judiciária na área de Combate à Produção e Tráfico Ilícito de estupefacientes, Substâncias Psicotrópicas e Criminalidade Conexa, com Portugal¹⁰⁶⁸ e com o Brasil¹⁰⁶⁹.
- No âmbito do Direito Interno, o legislador acolheu normas e princípios internacionais sobre a matéria de prevenção e combate a droga, tais como os dispostos na Convenção das Nações Unidas sobre o Combate ao Tráfico Ilícito de Drogas e Substâncias Psicotrópicas (1988) através da aprovação da Lei n.º 3/97, de 13 de Março, sobre o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, Percursos e Preparados e, cria o Gabinete Central de Prevenção e Combate à Droga.

Não obstante, o legislador através do Decreto n.º 41/97, de 18 de Novembro, aprova o Estatuto Orgânico do Gabinete Central de Prevenção e Combate a Droga. Em 2002, o legislador aprova a Lei n.º 7/2002, de 5 de Fevereiro, sobre a repressão da utilização do sistema financeiro para a prática de actos de lavagem de capital, proveniente de atividades criminosas.

No âmbito do reforço da prevenção e combate interinstitucional interno, o Governo cria o Plano Estratégico de Prevenção e Combate à Droga (2003-2007).

- b) A revisão das legislações – Lei n.º 6/2004 (Anti-Corrupção), Lei n.º 4/90 e 7/98 (Declaração de bens dos titulares de cargos públicos) e a Proposta de Lei sobre Conflito de Interesses – submetidas pelo governo à Assembleia da República,

¹⁰⁶⁸ Em abril de 1995.

¹⁰⁶⁹ Em Junho de 2001.

foram fundidas e resultou numa única lei designada Lei de Probidade Pública - Lei n.º 16/2012, de 14 de Agosto¹⁰⁷⁰.

- c) Em 2008, o legislador aprovou o Regime Jurídico aplicável a Prevenção e Combate ao Tráfico de Pessoas, através da Lei n.º 6/2008, de 9 de Junho.

Este diploma responde as obrigações de Moçambique como Estado parte do Protocolo para a Prevenção, Suspensão e Punição do Tráfico de Pessoas, instrumento ratificado por Moçambique através da Resolução n.º 87/2002.

O Código Penal de 2014 veio reforçar e complementar esta medida tipificando como crime a posse, transporte, e tráfico de órgãos humanos com as suas respectivas penas, através do artigo 161º.

- d) O legislador ao responder aos imperativos decorrentes da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e do Protocolo sobre os Direitos das Mulheres e da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de que Estado Moçambicano é parte, criar a Lei n.º 29/2009, de 29 de Setembro – crimes contra a violência doméstica.
- e) A proposta do Governo para a alteração pontual da Lei Orgânica do Ministério Público e o Estatuto dos Magistrados do Ministério Público – Revisão da Lei n.º 22/2007, de 1 de Agosto – para reforçar os poderes dos Gabinetes Central e

¹⁰⁷⁰ Aquando da viragem para a economia de mercado, o legislador para responder os imperativos daquela e ao encontro do Direito Internacional aprovou as seguintes instrumentos: Lei n.º 4/1990, de 26 de Setembro, que estabelece normas de conduta, deveres e direitos dos dirigentes superiores do Estado. Esta veio a ser regulamentada através do Decreto n.º 55/2000, de 27 de Dezembro; Lei n.º 7/1998, de 15 de Junho, que estabelece normas de conduta aplicáveis aos titulares de cargos governativos e explicita os seus deveres e direitos. Esta Lei foi regulamentada, através do Decreto n.º 48/2000, de 5 de Dezembro; Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho, que introduz os mecanismos complementares de combate aos crimes de corrupção e participação económica ilícita. Não obstante, ratifica alguns instrumentos internacionais, tais como: Protocolo da SADC contra a Corrupção, através da Resolução n.º 33/2004 de 9 de Junho; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, através da Resolução n.º 31/2006 de 29 de Dezembro; Convenção da União Africana sobre prevenção e combate a corrupção, através da Resolução n.º 30/2008, de 2 de Agosto e; Academia Internacional Anti-corrupção, Viena 23 de Dezembro de 2010, através da Resolução n.º 64/2013 de 29 de Dezembro.

Provinciais do Combate a Corrupção, assim como para acolher os depósitos, fiscalização e registos das declarações de rendimentos e patrimónios dos titulares dos órgãos públicos – resultou na Lei n.º 14/2012, de 8 de Fevereiro.

f) A submissão do Governo à Assembleia da República de um pacote legislativo sobre matéria de protecção de testemunha e denunciante, que resultou na aprovação da Lei n.º 15/2012, de 14 de Agosto - Lei de Protecção das Vítimas, Testemunhas e Outros Sujeitos Processuais, constitui um compromisso do Governo com os parceiros de cooperação¹⁰⁷¹. Não obstante, a USAID solicitou para que este pacote fosse revisto e comparado com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e o seu Protocolo Adicional¹⁰⁷².

g) Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto, sobre a prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. Esta nova Lei vem revogar a Lei n.º 7/2002 com a justificação de querer “*adequar o seu conteúdo aos padrões normativos internacionais de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo*”¹⁰⁷³.

Esta nova Lei incorpora os dispositivos dos Tratados Internacionais sobre a prevenção e o combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e *The International Monetary Fund Staffs’ National Money Laundering (ML) or Financing of terrorism (FT) Risk Assessment*.

h) Aviso n.º 4/GBM/2013 sobre as Directrizes de Gestão de Riscos de Tecnologia de Informação. Estas Directrizes tiveram como fonte de Direito Internacional as matrizes de avaliação de riscos instituídos pelo FMI cujos mecanismos de supervisão obedecem os princípios e linhas contidas nos *The International*

¹⁰⁷¹ ISSÁ, Abdul Carimo Mahomed, 2013, Lei de Probidade Pública, Anotada e Comentada, op. cit., p.5.

¹⁰⁷² PEREIRA, Pedro Gomes e TRINDADE, João Carlos, 2012, Visão Geral e Análise do Pacote Legislativo de Anti-Corrupção de Moçambique – Análise Jurídica – Basel Institute on Governance, p. 3, in www.baselgovernance.org, acedido no dia 23 de Março de 2014.

¹⁰⁷³ Cfr., §introdutório da Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto.

*Monetary Found Staffs' National Money Laundering (ML) or Financing of Terrorism (FT) Risk Assessment*¹⁰⁷⁴ e *The World Bank Assessed Methodology*¹⁰⁷⁵.

- i) Lei n.º 17/2011, de 10 de Agosto – Lei da extradição. No âmbito de garantia dos direitos e liberdades, no ordenamento jurídico moçambicano, os primeiros preceitos sobre extradição foram introduzidos pela Constituição de 1990¹⁰⁷⁶.

Estes preceitos não tiveram uma evolução significativa ao longo do encontro do Direito Interno com o Direito Internacional Penal.

A Constituição de 2004 manteve as três disposições introduzidas na Constituição de 1990 e acrescentou uma quarta que proíbe a extradição por crimes a que corresponda na lei do Estado requisitante pena de morte ou prisão perpétua¹⁰⁷⁷.

Esta disposição estabelece a concordância com a disposição estabelecida no n.º 2, do artigo 70º da Constituição de 1990 e n.º 2, do artigo 40º da Constituição de 2004, dispondo que na República de Moçambique não há pena de morte.

O Estado Moçambicano, no âmbito da cooperação judiciária internacional e na qualidade de membro da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa adoptou a Convenção de Extradição entre os Estados membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) em 23 de Novembro de 2005.

Para a materialização destes objectivos, o legislador moçambicano ratifica esta Convenção através da Resolução n.º 3/2007, de 28 de Junho. Quanto ao Direito Interno, o legislador cria Lei n.º 17/2011, de 10 de Agosto – Lei da extradição.

O legislador justifica a criação deste diploma no âmbito da transmissão de mandados de captura internacionais para pessoas procuradas pela prática de crimes

¹⁰⁷⁴ Vide o Documento sobre as Metodologias do Fundo Monetário Internacional para a avaliação de riscos de Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo in http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk_Assessment_IMF.pdf, acedido no dia 15 de Fevereiro de 2014.

¹⁰⁷⁵ Vide a Metodologia do Banco Mundial para a Avaliação de Riscos, in http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk_Assessment_World_Bank.pdf, acedido no dia 15 de Fevereiro de 2014.

¹⁰⁷⁶ Cfr., artigo 103º da Constituição da Republica de Moçambique de 1990.

¹⁰⁷⁷ Cfr., n.º 3 do artigo 67º da Constituição da República de Moçambique de 2004.

cometidos em Moçambique, bem como para responder as solicitações do Estado moçambicano e de outros Estados¹⁰⁷⁸.

Esta abertura ou relacionamento do direito moçambicano com o Direito Internacional é importante e salutar podendo ser considerada como um dos pressupostos preliminares para o verdadeiro encontro com o Direito Internacional Penal.

Um dos constrangimentos abraços com a evolução do Direito Moçambicano ao encontro do Direito Internacional Penal prende-se com a disposição constitucional que proíbe a extradição ou expulsão do cidadão nacional do território nacional¹⁰⁷⁹.

O Direito Interno, através da Lei n.º 17/2011, de 10 de Agosto, procurou encontrar-se com o Direito Internacional, quer quanto aos factos determinantes para a extradição, as regras e procedimentos de extradição e, quer aos casos inadmissíveis de extradição.

Não obstante, o problema está nesta última quando o legislador estabelece que a extradição não pode ser concedida quando a pessoa reclamada seja nacional.

O Estado Moçambicano assinou o Estatuto de Roma que estabelece o Tribunal Penal Internacional (TPI), no dia 28 de Dezembro de 2000.

O Estatuto de Roma confere ao Tribunal Penal Internacional poderes de exercer as suas funções no território de qualquer Estado parte¹⁰⁸⁰ e os Estados partes tem o dever e a obrigação de satisfazer aos pedidos de detenção e de entrega da pessoa em causa mesmo tratando-se de cidadão do seu próprio Estado¹⁰⁸¹.

O Estado moçambicano ao estabelecer na sua Constituição que “*nenhum cidadão moçambicano pode ser expulso ou extraditado do território nacional*” entra em conflito com o Estatuto do TPI, se porventura aquele vier a ratifica-lo.

¹⁰⁷⁸ Cfr., § único da introdução da Lei n.º 17/2011, de 10 de Agosto – Lei da extradição.

¹⁰⁷⁹ Cfr., n.º 4 do artigo 67º da Constituição da República de Moçambique de 2004.

¹⁰⁸⁰ Cfr., n.º 2 do artigo 4º dos Estatutos de Roma do TPI.

¹⁰⁸¹ Cfr., n.º 1 do artigo 89º dos Estatutos de Roma do TPI.

Não obstante, de acordo com o n.º 2, do artigo 18º da Constituição de Moçambique de 2004, se as normas de Direito Internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor das infraconstitucionais, assim uma vez ratificado o Estatuto de Roma estes estariam sobrepostos pelos preceitos constitucionais.

Esta situação colocaria o Estado moçambicano em contradição ou violação das suas obrigações internacionais. Não obstante, aquando da criação da Convenção de Extradição da CPLP, viveu-se um constrangimento similar que foi contornado com a introdução na Convenção de um artigo sobre Recusa Facultativa de Extradição, onde de entre outras disposições, consta que a extradição poderá ser recusada se a pessoa reclamada for nacional do estado requerido¹⁰⁸².

- j) Lei n.º 34/2014, de 31 de Dezembro – Direito à Informação. O legislador ao encontro do Direito Internacional e quanto ao exercício do direito à informação cria a Lei de Informação para a maior participação democrática dos cidadãos na vida pública e a garantia de direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Não obstante, este direito encontra restrição e limitação quando a informação solicitada é classificada como segredo do Estado, secreta, restrita e confidencial¹⁰⁸³.

Para o efeito, o legislador estabelece as sanções aplicáveis à violação do segredo do Estado, sigilo, dignidade humana, direitos de propriedade industrial e intelectual e ao uso indevido da informação¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Cfr., alínea a) do artigo 4º da Convenção de Extradição da CPLP.

¹⁰⁸³ Cfr., n.º do artigo 20º da Lei n.º 34/2014, de 31 de Dezembro.

¹⁰⁸⁴ Cfr., artigos 37º à 41º da Lei n.º 34/2014, de 31 de Dezembro.

8.2.4.3. O Novo Código Penal (Lei n.º 35/2014, de 31 de Dezembro) e o Direito Internacional Penal

O encontro e desencontro entre o Direito Internacional Penal e o Direito interno podem ser aferidos através da evolução do Código Penal de 1886. A revisão do Código Penal de 1886 foi caracterizada por clivagens de ideias, umas a favor da internacionalização do Direito Penal e outras por um nacionalismo doutrinário tradicional que o coloca fora do desenvolvimento da doutrina jurídico-penal. Do Código Penal de 2014 - Lei n.º35/2014, de 31 de Dezembro - ora aprovado pode-se constatar o seguinte:

- O legislador procura se distanciar quer da filosofia penal subjacente no Código Penal de 1886, quer da filosofia socialista e revolucionária introduzida pela Constituição de 1975. Neste novo Código o legislador adopta uma nova filosofia assente nos direitos, liberdades e garantias individuais. Esta viragem não constitui novidade, a Constituição da República de Moçambique de 1990 e actual de 2004 já estabelecem estes pressupostos básicos¹⁰⁸⁵.
- Quanto à aplicação da lei criminal no tempo, artigo 8º do Código Penal, o legislador ao não fixar o momento da prática do facto desencontra-se com o direito internacional, visto que a experiência internacional já ultrapassou esta querela jurídica. Este desencontro com as novas práticas do Direito Internacional, cria incertezas na aplicação do princípio da Lei mais favorável¹⁰⁸⁶, considerado o apanágio do Direito Internacional quanto ao direito a justiça. Quanto a aplicação da lei criminal no espaço esta foi estendida aos crimes a bordo das aeronaves o que até então só era aplicada excepcionalmente aos crimes cometidos a bordo dos navios.

¹⁰⁸⁵ Cfr., Cap. III da CRM de 2004.

¹⁰⁸⁶ SOUSA, Elísio (2015) Código Penal Moçambicano – Anotado e Comentado, Escolar Editora, Maputo, p. 33.

- A figura dos crimes de tentativa e de frustração foram mantidas distintas. Esta realidade constitui um desencontro com a evolução e desenvolvimento da doutrina e do Direito Internacional Penal. A evolução da doutrina ditou a unificação destas duas figuras numa única designação “*Tentativa*”, fazendo com que a punição passasse a ser determinada de acordo com os actos praticados e a sua aplicação caísse no arbítrio judicial¹⁰⁸⁷.
- Quanto à responsabilização criminal, o legislador ao estender esta às pessoas colectivas (sociedades comerciais, sócios e gerentes) vai ao encontro a tendência e práticas internacionais.
- O legislador introduz a figura do conflito de deveres no artigo 51º do Código Penal e dispõe que o dever de cumprimento de ordens superiores cessa quando este conduz à prática de um crime. Esta disposição uniformiza o Código Penal com o disposto no artigo 40º do Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado, aprovado pela Lei n.º 14/2009, de 17 de Março.
- O novo Código Penal introduz as medidas e as penas alternativas à pena de prisão. O artigo 88º do Código Penal dispõe como medidas alternativas a transação penal e a suspensão provisória do processo.

Quanto às penas alternativas à pena de prisão, o artigo 89º Código Penal estabelece as medidas de prestação de trabalho socialmente útil, a prestação pecuniária ou em espécie, a perda de bens ou valores, a multa e a interdição temporária de direitos.

Estas medidas penais constituem um verdadeiro encontro com o Direito Internacional dentro do Estado de Direito Democrático e da filosofia dos fins das

¹⁰⁸⁷ Ibidem., p.33.

penas, onde a prisão deve ser tida como um meio para a ressocialização dos delinquentes.

Não obstante, a protecção internacional dos Direitos Humanos Fundamentais, quanto a liberdade dos cidadãos, vai mais longe quanto estabelece a ideia de que a prisão deve ser tida como o último dos últimos recursos que o Estado se pode socorrer para reposição da ordem social ou jurídica.

- Quanto aos direitos individuais, ou seja, a sua limitação por efeito das penas, o legislador procurou harmonizar com o estabelecido na Constituição da República de Moçambique, n.º3 do artigo 61, eliminando a limitação estabelecida no Código Penal de 1886, estabelecendo que nenhuma pena implica a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos ou seja os seus direitos fundamentais.
- O legislador avança timidamente ao encontro da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes que é Estado-parte desde 1999, no âmbito das suas obrigações de punir os actos de tortura, ao estabelecer o crime de violência de particulares contra detidos. Infelizmente, o legislador ao regular este crime coloca de lado actos de tortura que não são praticados necessariamente contra detidos.
- Nos crimes patrimoniais destaca-se a venda da terra como crime autónomo separado da burla como antes era tratado cuja sanção passou de 2 para 8 anos de pena de prisão maior.
- Nos crimes de burla foi introduzido o crime de burla relativo a investimento financeiro.

A usura passou a ser incriminada¹⁰⁸⁸. A agiotagem como actividade financeira proibida ou ilegal passou a ser punida com pena de prisão até 2 anos¹⁰⁸⁹. Quanto aos crimes informáticos embora já tipificados dentro dos crimes contra o património, acresceu-se o crime de uso fraudulento de instrumentos electrónicos que hoje são usados para os crimes, tais como, furto, roubo, extorsão, incitamento à violência, fraude financeira, incitação de menores, intromissão, violação de direitos do autor, escutas não autorizadas, violação do segredo do Estado, instigação pública e outros¹⁰⁹⁰.

- Uma nota de realce está nos crimes contra o ambiente que embora já tipificados na Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro – Lei do Ambiente – são requalificados aos padrões internacionais incluindo uma moldura penal própria. Trata-se nomeadamente dos crimes de disseminação de enfermidades, substâncias tóxicas e nocivas à saúde, exploração ilegal de recursos florestais, abate de espécies protegidas ou proibidas, poluição, poluição com perigo comum¹⁰⁹¹.
- O crime tipificado outrora como desvio de bens e valores do Estado foi requalificado passando a ser designado por crime de peculato com a particularidade da punição de peculato de uso¹⁰⁹².
- O artigo 243º do Código Penal de 2014 que dispõe sobre crime de discriminação, ao enumerar as diversas formas de discriminação omite a discriminação em função da orientação sexual. Esta omissão consciente ou inconsciente desencontra-se com o Direito Internacional quanto a protecção das minorias sexuais¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁸ Cfr., artigo 305º do Código Penal de 2014.

¹⁰⁸⁹ Cfr., artigo 306º do Código Penal de 2014.

¹⁰⁹⁰ Cfr., artigo 316º e seguintes do Código Penal de 2014.

¹⁰⁹¹ Cfr., artigos 350º e seguintes do Código Penal de 2014.

¹⁰⁹² Cfr., artigo 515º do Código Penal de 2014.

¹⁰⁹³ Cfr., artigo 243º do Código Penal de 2014.

- Quanto aos direitos da criança, o legislador ao estabelecer criança, os menores de 12 anos para o crime de violação de menores¹⁰⁹⁴, desencontra-se com o Direito Internacional ou seja, vai contra a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e a Carta Africana sobre os Direitos e Bem-estar das Crianças que definem criança os menores de 18 anos. Esta realidade aplica-se também ao crime sobre actos sexuais contra os menores, quanto o Código Penal de 2014 a idade estabelecida é até os 16 anos¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁴ Cfr., artigo 219º do Código Penal de 2014.

¹⁰⁹⁵ Cfr., artigo 220º do Código Penal de 2014.

8.2.5. O Direito Internacional de Integração Regional e o Direito de Moçambique

Estando a SADC nos seus primeiros passos da consolidação institucional e integração estratégica de políticas de base, tudo parece pacífico, quer na integração das normas internacionais no ordenamento interno, quer no tocante ao primado das normas do Direito Internacional e Comunitário.

Dispõe a Constituição moçambicana no n.º1, do artigo 18º, o seguinte: “*Os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique*”.

De acordo com este preceito, as normas internacionais são acolhidas, na ordem jurídica moçambicana, depois da sua aprovação e ratificação. Para o efeito, compete à Assembleia da República aprovar e ratificar as normas internacionais através de uma resolução.

Todavia, de acordo com os números 3 e 8, do artigo 10º, do Tratado da SADC, que dispõe: “*A Cimeira adoptará instrumentos legais com vista à implementação das disposições contidas no presente Tratado*” e “*...as decisões da Cimeira são tomadas por consenso e são vinculativas*”¹⁰⁹⁶, poder-se-á interpretar que nem todo o Direito Internacional deve necessariamente passar pela aprovação e ratificação da Assembleia da República, para vigorar na ordem jurídica moçambicana. Ou seja, os actos da SADC são de aplicação directa.

Assim sendo, estes actos, uma vez estabelecidos, integram directamente a ordem jurídica de cada Estado-membro sem o formalismo do Direito Internacional Público clássico de incorporação das normas.

A posição tomada pelo legislador moçambicano perante as normas internacionais abre um grande equívoco e carece de uma explicação e fundamentação plausíveis. Terá o

¹⁰⁹⁶ Cfr., n.º8, do artigo 10º e n.º5, do artigo 16º, ambos do Tratado da SADC. De acordo com o Tratado da SADC as decisões da Cimeira ou do Conselho em delegação daquela, assim como do Tribunal são vinculativas.

legislador parado no tempo ou terá ficado obcecado pela doutrina clássica do Direito Internacional Público, no tocante à adopção e integração das normas internacionais? Qual é a filosofia no Direito subjacente nesta atitude?

Dispondo, assim, o legislador, no tocante às normas internacionais (tratados e acordos), urge saber como é que as outras fontes do Direito Internacional (princípios gerais, jurisprudência e o costume) são tratadas e integrados no Direito Moçambicano.

No tocante a jurisprudência, torna-se clara a posição do legislador através do disposto no artigo 70º, da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho, sobre a *Arbitragem, Conciliação e a Mediação* de conflitos, que dispõe: “São alterados e substituídos nos termos deste número os seguintes preceitos legais do Código de Processo Civil que dispunha: Artigo 49 - “As sentenças proferidas por tribunais em países estrangeiros só podem servir de base à execução depois de revistas e confirmadas pelo tribunal competente”.

O legislador, ao estabelecer esta disposição, derroga o artigo 49º, do Código de Processo Civil e não estabelece no lugar daquela uma nova disposição em substituição, deixando assim um vazio.

Como interpretar o artigo 70, da Lei n.º 11/99, senão como sujeitando Moçambique à aplicação das sentenças internacionais e consequentemente à sua jurisprudência ou melhor, o *Direito Internacional* sem a sua prévia aprovação e ratificação?

No tocante aos princípios gerais, o legislador na Constituição de 1999 e 2004, acolhe-os de uma forma inequívoca ao estabelecer no n.º 2, do artigo 17º, o seguinte: “A República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana”.

Quanto ao costume internacional a Constituição da RPM é omissa. Esta é tão omissa tanto quanto ao costume nacional, embora reconheça, sem indicar, os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, sendo um deles o costume tradicional¹⁰⁹⁷. Não obstante, Moçambique ser membro das Nações Unidas (UN) e da SADC, isto é, vinculado pelo Estatuto do Tribunal

¹⁰⁹⁷ Cfr., o artigo 4º, da CRM, que dispõe: “O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”.

Internacional de Justiça e o Protocolo do Tribunal da SADC que, estabelecem como uma das suas fontes do Direito aplicável o Costume¹⁰⁹⁸.

Curiosamente, o legislador não se deixou europeizar indirectamente através da Constituição Portuguesa, pelo seu n.º 1, artigo 8º, que dispõe o seguinte: “*As normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito Português*”¹⁰⁹⁹.

Por outro lado, não se deixou influenciar pela boa vizinhança sul-africana, cuja Constituição de 1996 – secção 232, incorpora o costume internacional¹¹⁰⁰. E mais ainda, a então OUA, através da resolução n.º 2, aprovou os princípios da intangibilidade das fronteiras coloniais que adquiriram um valor de costume africano¹¹⁰¹, costume este que se tornou objecto de respeito e observância pela República de Moçambique e que veio a ser positivada na Carta da UA como um dos seus princípios¹¹⁰².

Portanto, de acordo com as disposições acima e fazendo fé nos princípios estabelecidos na carta da ONU, UA, no Tratado da SADC e sobretudo na imperatividade dos actos jurídicos unilaterais destas organizações, é de facto que no ordenamento interno de Moçambique vigoram hoje normas do Direito Internacional, sem a observância dos mecanismos clássicos de adopção e vinculação, de acordo com o n.º 1, artigo 18º, da Constituição de Moçambique de 2004.

Esta realidade ou facto esteve muito claro nos capítulos precedentes, quanto ao encontro e desencontro entre o direito interno e Direito Internacional, a tamanha quantidade de normas internacionais que entraram via normas de ajuda humanitária e de desenvolvimento.

¹⁰⁹⁸ Cfr., alínea b), do artigo 21º (Direito Aplicável) do Protocolo do Tribunal da SADC, que dispõe: “... *rules of public international law and any rules and principles of the law of States*”.

¹⁰⁹⁹ Esta cláusula foi interpretada como englobando o Costume Internacional de acordo com Pereira, André Gonçalves e Quadros, Fausto de (2000) Manual de Direito Internacional Público, 3ª ed, Almedina, p.108.

¹¹⁰⁰ Cfr., Secção, 232, da Constituição da RSA, de 1996, que dispõe: “*Customary international law is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or Act of parliament*”.

¹¹⁰¹ CISTAC, Gilles, A questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique, in Revista Jurídica, 2004, Set. Vol. VI, p.20.

¹¹⁰² Cfr., alínea b), do artigo 4, da carta da UA que dispõe o seguinte: “*A União Africana funciona em conformidade com os seguintes princípios fundamentais: respeito das fronteiras existentes no momento da acção à independência*”.

Perante este facto, nos questionamos: o porquê da manutenção daquelas disposições controversas por parte do legislador? Em parte, a sua manutenção pode justificar-se e fundamentar-se com base nas formas de adopção de instrumentos internacionais em observância a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Todavia, no âmbito do Direito da Integração, Direito das Organizações Internacionais e Instituições Transnacionais, parece-nos que esta forma é absurda, contraditória e inaplicável.

Olhando para a Constituição, no seu todo, no âmbito das cláusulas internacionais, constata-se que o legislador moçambicano introduziu duas disposições sobre o primado das normas que, *a priori*, parecem-nos revestidas de tautologias importantes e que podem ser a pedra filosofal para o entendimento da posição do legislador quanto estas, se analisadas, interpretadas e integradas no seu conjunto.

Dispõe a Constituição de Moçambique, no n.º 2, do seu artigo 18º, que “*as normas de Direito Internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção*”.

No ordenamento jurídico moçambicano, as normas de Direito Internacional são categorizadas dentro de dois grupos: tratados e acordos internacionais. Os Tratados são aprovados e ratificados pela Assembleia da República, de acordo com a alínea t), n.º 2, do artigo 19º, da Constituição de Moçambique de 2004. Os Acordos Internacionais são celebrados e ratificados pelo Governo, de acordo com a alínea g), n.º 1, do artigo 204º, da Constituição de Moçambique de 2004.

Pelo disposto acima, os Tratados e Acordos Internacionais, depois da sua recepção, vigoram como lei (quando ratificados pela Assembleia da República) ou como Decretos ou Decreto-Lei (quando ratificados pelo Governo).

Se as normas internacionais têm o mesmo valor como a Lei ou o Decreto-Lei, urge aferir o conceito de Lei no Direito Moçambicano para apurar a sua adequação ou conformidade com a especificidade do tratado e do acordo. De acordo com o n.º 2, do

artigo 1º, do Código Civil, “*considera-se lei todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais*”.

O mesmo legislador, numa situação específica e excepcional, na interposição e expedição do recurso (no âmbito processual), vai definir a lei substantiva como “*...normas e princípios de Direito Internacional geral ou comum e as disposições genéricas, de carácter substantivo, emanados dos órgãos de soberania, nacionais ou estrangeiras, ou constantes de convenções ou tratados internacionais*”¹¹⁰³.

Pelo disposto, exceptuando o consagrado no Código do Processo Civil, a lei é caracterizada como toda disposição provida dos órgãos estaduais.

Se entendermos os órgãos estaduais por órgãos de soberania¹¹⁰⁴, dentro da concepção moderna, é fácil perceber que o acto de aprovar ou ratificar um Tratado, à primeira vista, não é e nem pode ser considerado como um acto legislativo da Assembleia da República.

Sendo os Tratados, no ordenamento jurídico moçambicano, aprovados por resolução, estamos perante um acto bem distinto daquele que cria uma lei¹¹⁰⁵. Estamos perante um acto caracterizado por *acto político*.

Não obstante, de acordo com o disposto no n.º2, do artigo 18º, da Constituição de Moçambique de 2004, os Tratados e acordos valem como lei ordinária e são equiparáveis, em termos de eficácia, a todas outras normas internas.

Assim sendo, os Tratados e os Acordos devem ser aplicados pelos tribunais ordinários, no ordenamento jurídico moçambicano. Qual é a solução em caso de conflito entre a Lei e o Tratado, uma vez colocados ao mesmo nível hierárquico e infraconstitucional?

Para o caso vertente, seria elucidativo e mais enriquecedor a análise e a discussão do problema do primado no ordenamento jurídico moçambicano, com base na jurisprudência dos tribunais judiciais e do Tribunal da SADC, ora suspensa. Infelizmente,

¹¹⁰³ Cfr., n.º 3, artigo 721º, do Código do Processo Civil.

¹¹⁰⁴ Cfr., artigo 133º, da CRM, que dispõe: “São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo, os Tribunais e o Conselho Constitucional”.

¹¹⁰⁵ Dispõe o artigo 182º, da CRM, que: “Os actos legislativos da Assembleia da República assumem a forma de lei e as demais deliberações revestem a forma de resolução e são publicados no Boletim da República”.

esta expectativa jurisprudencial está gorada pela não divulgação sistemática dos assentos e acórdãos dos tribunais judiciais, embora constitua um imperativo e sob pena de ineficácia jurídica, de acordo com o n.º 1, do artigo 144º, da Constituição de Moçambique de 2004.¹¹⁰⁶

De acordo com o n.º 2, do artigo 8º, da Constituição de Moçambique de 2004, os tratados ocupam um plano paralelo ao das leis ordinárias, isto é, em termos de hierarquia não existe a superioridade de uma em relação a outra. Assim sendo, uma das soluções possíveis é a aplicação do princípio de “*lex posterior derogat priori*”, dentro do pressuposto de que a *lex posterior* é a melhor.

Todavia, a lei ordinária não pode derogar o tratado. Este obedece mecanismos próprios quer na sua interpretação, revisão e quer na derrogação. A última alternativa que nos resta seria a denúncia do próprio Tratado.

Esta posição que foi tomada pelo legislador moçambicano, em transformar o Tratado em Lei ordinária através do *acto político*, tem sido criticado como um erro legislativo e doutrinário. Segundo Pierre Pescatore, “*é um erro pretender, como se faz muitas vezes, que o tratado seja transformado em lei, ou que ele receba força de lei, pelo efeito da ratificação. Pelo contrário, o tratado permanece um acto contratual tanto para sua interpretação como para seus efeitos*”¹¹⁰⁷.

A observância do princípio da hierarquia das normas em qualquer ordenamento jurídico constitui uma pedra angular na arquitectura do sistema jurídico e permite um equilíbrio e coerência quer em relação às normas internas quer para com as externas.

Tendo em conta a *arquitectura* da Constituição de Moçambique de 2004, no tocante ao primado das normas e sendo Moçambique Estado-membro da ONU, OMC, OIT, UA, SADC e outras, urge indagar como conciliar o primado do Direito Internacional e Comunitário com o primado das normas constitucionais. Dispõe o n.º 2 do artigo 2º, da Carta da ONU que “*Os membros da Organização, a fim de assegurarem*

¹¹⁰⁶ Cfr., alínea d), n.1, do artigo 144º, da CRM, que dispõe: “São publicados no Boletim da República, sob pena de ineficácia jurídica: os assentos do Tribunal Supremo, os acórdãos do Conselho Constitucional, bem como as demais decisões dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral”.

¹¹⁰⁷ PESCATORE, Pierre (1960) *Introduction à la science du droit*, Centre Universitaire de l’Etat, Luxemburgo, p. 88.

os direitos e vantagens resultante da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa-fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente carta ”. Do que está acima escrito, torna-se claro que a Carta da ONU não se situa no mesmo plano do das normas constitucionais e muito menos infraconstitucionais, mas sim num lugar de supra-constitucionalidade.

Esta vinculação ou obrigatoriedade estende-se ao Direito da OMC, OIT, UA e da SADC, como se pode constatar no n.º 1, do artigo 6º, do Tratado da SADC, que dispõe o seguinte: *“Os Estados-membros comprometem-se a adoptar medidas adequadas que visem promover a manutenção dos objectivos da SADC, e a abster-se de tomar quaisquer medidas que possam prejudicar a sustentação dos seus princípios, o alcance dos seus objectivos e a implementação das disposições do presente Tratado”.*

É de *iuris* que nenhum Estado-membro da ONU ou da SADC possa não conformar a sua Constituição aos princípios consagrados naquela Carta ou na da SADC. O legislador moçambicano, à cautela, vai no n.º 2, do artigo 17º, da Constituição de Moçambique de 2004, introduzir uma cláusula *“como ressalva”* à sua atitude, dispondo o seguinte: *“A República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana”.*

No entanto, apesar do seu reconhecimento, o legislador não abdica da sua posição controversa quando estabelece, nas primeiras disposições da Constituição de Moçambique de 2004, que *“As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”*¹¹⁰⁸, incluindo as normas internacionais validamente aprovadas e ratificadas. Daqui se depreende que a Constituição é e continua a ser a fonte mais elevada na hierarquia das normas.

O legislador, quando coloca as normas do Direito Internacional hierarquicamente abaixo das normas constitucionais e equiparando-as às normas internas, logo coloca a primazia nas normas constitucionais e não nas do Direito Internacional.

¹¹⁰⁸ Cfr., o n.º 4, do artigo 2º, da CRM.

Segundo André Gonçalves Pereira, “*O primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno traduz uma condição essencial na própria existência do direito internacional*”¹¹⁰⁹.

Por outro lado, parafraseando Nuno Piçarra, a norma comunitária prevalece sobre toda e qualquer norma do Estado-membro (mesmo a Constitucional) não porque lhe seja superior, mas porque é materialmente competente para regular o litígio concreto.

A relação entre o Direito Comunitário e os Direitos dos Estados-membros constrói-se com base no princípio de competência atribuída e por referência ao princípio da colaboração ou complementaridade funcional de ordenamentos autónomos e distintos¹¹¹⁰.

Tendo em conta este posicionamento incongruente do legislador moçambicano, eis a nossa inquietação: o disposto nos números 1 e 2, do Artigo 18º, da Constituição de Moçambique de 2004 seria suficiente e extensivo ao Direito criado pelas organizações internacionais de que Moçambique é Estado-membro? A resposta é tão-somente não. Não o é em relação às organizações internacionais clássicas (do Direito Público) e muito menos em relação às organizações de integração comunitária, como a SADC, com objectivos claros de integração através de harmonização de políticas comuns rumo ao desenvolvimento.

Na verdade, olhando para a dinâmica da então Comunidade Europeia, hoje União Europeia, os ditames do processo de harmonização de políticas levaram os seus Estados-membros a *transferir* parte da sua soberania para a Comunidade no objectivo da construção da União Europeia.

A SADC *que se pretende* comunidade não abrirá mão para excepções, se na verdade enveredar pelas estratégias da União Europeia, como até agora o tem demonstrado.

¹¹⁰⁹ PERREIRA, André G e QUADROS, F. de (2000) Manual de Direito Internacional Público, op. cit. p. 92.

¹¹¹⁰ Ponto de vista de Nuno Piçarra, quanto ao primado das normas, proferida no Seminário de Direito Constitucional Europeu, 7º Programa de Doutoramento, Faculdade de Direito da UNL, 2007.

Na verdade, esta pré-disposição está consagrada nas disposições gerais do Tratado da SADC, como já referimos acima¹¹¹¹.

Do exposto e disposto nas cláusulas internacionais, fica patente a falta de clareza, nitidez e distinção, por parte do legislador, no tocante ao instituto do primado das normas internacionais.

Paradoxalmente, constata-se que esta mesma Constituição dá primazia às normas constitucionais¹¹¹² ao mesmo tempo que dá primazia às normas internacionais, como se pode aferir no artigo 43º da CRM de 2004, na interpretação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, que dispõe: *“Os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”*.

Na nossa singela análise, não deixa de surpreender o aditamento deste artigo 43, da Constituição de Moçambique de 2004, do qual se depreende que o legislador catapultava *“de oito para oitenta”*, em relação aos preceitos constitucionais de direitos fundamentais. E mais: não se compreende esta viragem do legislador, pois o mais lógico, racional e coerente seria a relutância em não aceitar a inferiorização dos preceitos situados no topo da hierarquia normativa nacional.

Esta atitude pode ser bem descrita através da parábola messiânica *“de remendos”*¹¹¹³: isto é, o legislador, ao querer defender a primazia das normas constitucionais face a qualquer norma, acaba caindo na imprudência de *“coser um remendo de tecido novo em roupa velha”* e, conseqüentemente, o *“remendo novo encolhe e rasga o tecido velho, deixando o rasgão ainda maior”*.

De facto é o que se pode demonstrar neste trabalho sobre os encontros e desencontros do Direito Interno e Direito Internacional, onde se constata a absorção do Direito Interno pelo Direito Internacional.

¹¹¹¹ Cfr., n.º 1, do artigo 6º, do Tratado da SADC.

¹¹¹² *“As normas do Direito Internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraestruturais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção”*.

¹¹¹³ Vide, Mateus, 9, 16.

O legislador da presente Constituição parece-nos querer continuar a privilegiar o primado das normas constitucionais, ao mesmo tempo que assume a primazia das normas do Direito Internacional.

Este paradoxo pode ser também evidenciado na Lei de arbitragem, conciliação e mediação (Lei n.º 11/99, de 8 de Julho), na qual o legislador confere primazia ao Direito Internacional ao estabelecer que “*Os acordos ou convenções multilaterais ou bilaterais celebrados pelo Estado de Moçambique no âmbito da arbitragem, conciliação e mediação prevalecem sobre as disposições da presente lei*”¹¹¹⁴.

Esta ambiguidade normativa, evidente na Constituição de Moçambique, vai ser atestada com a entrada em vigor dos Regulamentos e das Directivas, assim como com a jurisprudência do Tribunal da SADC, ora suspenso por clivagens políticas.

Os Protocolos, Regulamentos e Directivas da SADC são instrumentos de implementação dos objectivos do Tratado. Estes instrumentos são vinculativos e têm a mesma força legal que o próprio tratado¹¹¹⁵.

Parece-nos que o legislador moçambicano ignorou ou não tomou a devida atenção a especificidade e as características “*sui generis*” de uma organização de integração, como a SADC.

Esta é uma organização de carácter supranacional e funda-se no princípio de limitação de soberania e transferência de poderes soberanos dos seus Estados-membros.

A atitude do legislador moçambicano parece-nos ser de clara defesa da soberania nacional que na essência já está capturada.

Portanto, perante estas nítidas incongruências políticas, estratégicas ou filosofias da Constituição moçambicana, o inadmissível é o facto de este (legislador) ter excluído a proposta sobre a nova redacção do artigo 18º, da CRM, aprovada pela Comissão Ad-hoc no Ante-projecto de Revisão da Constituição de 2004 e que consagrava o seguinte: “*As normas e os princípios de Direito Internacional têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica moçambicana, sobre todos os actos internos de valor*

¹¹¹⁴ Cfr., o artigo 67º, da Lei n.º 11/99, de 8 de Julho que regula a Arbitragem, conciliação e mediação de conflitos.

¹¹¹⁵ Cfr., o n.º 2, do artigo 1º, do Tratado de SADC.

infraconstitucional”¹¹¹⁶. Para o efeito, o legislador, não abdicando da sua atitude e posição, manteve a redacção anterior.

Quanto ao problema do primado entre o Direito Internacional e o Direito Interno, várias aproximações foram avançadas sobre a melhor forma de enquadramento constitucional.

Armando César Dimande sustenta que “*os Tratados Internacionais devidamente ractificados e publicados têm em Moçambique, força de lei ordinária*”¹¹¹⁷. O autor funda os seus argumentos no artigo 206º da Constituição de Moçambique de 1990 que estabelece que “*As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas no ordenamento jurídico*”. Por outro lado, apoia-se na doutrina e da interpretação legislativa¹¹¹⁸.

Todavia, através de exemplos de conteúdos das disposições da Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e do Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre Moçambique e Portugal, conclui que em Moçambique os Tratados Internacionais valem como Lei ordinária porque estes instrumentos contêm normas equiparáveis, em termos de eficácia àquelas contidas no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal¹¹¹⁹.

Augusto Raúl Paulino vai na perspectiva monista e defende a tese do primado do Direito Internacional sobre à ordem jurídica interna. Este autor vai buscar os fundamentos nos instrumentos internacionais, tais como: a Carta das Nações Unidas, a Carta da Organização da Unidade Africana, as Convenções sobre os Direitos Humanos, e; as Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

O Autor chega a conclusão com base nestes instrumentos que a construção material das Cartas constitutivas das NU e da OUA, confere uma hierarquia supra-constitucional, uma vez que não pode haver Estado membro que, enquanto tal, possa não

¹¹¹⁶ Cfr., o artigo 8º, do ante-projecto, in CISTAC, Gelles, Org. (2004) Contributo para o Debate sobre a Revisão Constitucional, Faculdade de Direito da UEM.

¹¹¹⁷ DIMANDE, Armando César, Os Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Moçambicana, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da UEM, Volume II, Junho de 1997, Imprensa Universitária, Maputo, p.87.

¹¹¹⁸ Ibidem, pp. 86 e 87 e ss

¹¹¹⁹ Ibidem., p. 87

conformar a sua Constituição aos princípios plasmados naquelas Cartas, dado serem princípios constitucionais limitativos do *ius imperii* dos membros¹¹²⁰.

De acordo com Gilles Cistac, se porventura tivesse sido acolhida a nova disposição aprovada pela Comissão Ad-hoc no Ante-projecto de Revisão da Constituição de 2004, esta teria o mérito de estabelecer um *princípio de hierarquia conciliatória*, isto é, um equilíbrio entre o primado das normas constitucionais e o primado do Direito internacional¹¹²¹.

O posicionamento e a interpretação de Gilles Cistac em torno da disposição ora rejeitada parece-nos, *a priori*, correcta e bem fundamentada. Todavia, esta disposição não resolve o problema do primado como acima foi descrito e equacionado.

A disposição, ora proposta, mantém o paradoxo da dupla primazia normativa. Por um lado, estaríamos perante a primazia do Direito Internacional sobre os actos internos de valor infraconstitucional e, por outro, a primazia das normas constitucionais sobre as normas e princípios internacionais após a sua entrada em vigor na ordem jurídica moçambicana.

Como conciliar o artigo 43º da Constituição de Moçambique de 2004, que atribui a primazia à Declaração Universal dos Direitos do Homem e à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos na interpretação dos preceitos ou normas constitucionais relativos aos direitos fundamentais e a então nova redacção aprovada pela Comissão Ad-hoc e rejeitada pelo legislador?

Não obstante, aplicando o princípio da hierarquia conciliatória, ora proposto, teríamos, de uma parte, normas e princípios do Direito Internacional com primazia sobre as normas constitucionais e, da outra parte, normas e princípios do Direito Internacional sem primazia sobre as normas constitucionais.

¹¹²⁰ PAULINO, Augusto Raúl (1997) Regime Jurídico da Recepção das Convenções Internacionais no Ordenamento Jurídico Moçambicano, Trabalho de Fim de Curso, Faculdade de Direito da UEM, p. 15

¹¹²¹ CISTAC, Gilles, “A questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique”, in Rev. Jur. op. cit. p 57.

Capítulo IX – Para uma Ideia do Direito Constitucional e Internacional na Nova Ordem Jurídica Global

9.1. A diversificação e a expansão do Direito Internacional e a nova ordem jurídica internacional

O desenvolvimento e a evolução do Direito Internacional criaram uma nova ordem jurídica internacional inquestionável. Esta realidade ditou o surgimento de um novo paradigma ou seja uma nova teoria ou ideia do Direito Internacional.

A teoria ou a ideia do Direito Internacional Clássico encontrou ao longo da História do Direito algumas dificuldades para explicar, enquadrar e caracterizar o estágio da evolução do Direito Internacional.

As relações internacionais que outrora se desenvolviam entre os Estados, como os primeiros sujeitos e os principais actores do Direito Internacional, complexificaram-se ao ponto de, hoje, estas mesmas relações tenha-se desenvolvido, preferencialmente, fora do poder estadual, ou seja, através das Organizações Internacionais, Instituições Económicas e de desenvolvimento, Transnacionais, networks, Empresas Multinacionais e outras.

A internacionalização do Direito desenvolve-se dentro de vários níveis e fontes diversificados, tais como: estadual, infra estatal, pós-estadual, transnacional, internacional geral e internacional global.

Esta realidade contrasta com a lógica clássica, quer quando a ideia do próprio Direito, quer quanto a lógica da sua funcionalidade.

Este fenómeno de mutações dentro das relações internacionais não só criou uma nova ideia do Direito, como está a corroer o Direito Constitucional dos Estados.

Ao tentarmos perceber e acompanhar o evoluir do fenómeno de criação, expansão e desenvolvimento, embora em pleno devir, constata-se que este teve como principal força aglutinadora, o grande e o ansiado desejo infundável da comunidade internacional

de usufruir uma paz mundial efectiva e consequentemente do bem-estar social e económico.

Este desejo da comunidade internacional ditou vários momentos de metamorfose na história da humanidade que compreendem, o fim das guerras mundiais, o desmantelamento dos blocos económicos, a globalização e a mundialização.

Não obstante, cada um destes momentos ditou uma nova forma de relações internacionais e consequentemente uma nova reconfiguração do Direito Internacional.

O Direito Internacional que emergiu das relações entre os Estados encontra hoje várias fontes de direito distintas e diversas, quer quanto à ideia do Direito, quer quanto aos princípios básicos da sua constituição e funcionamento.

Os princípios clássicos caracterizadoras do poder estadual, tais como, autonomia, soberania, territorialidade e o poder legiferante ficaram descaracterizados, ou seja, já não mais respondem as vicissitudes da criação do Direito Internacional.

O Estado que outrora se reconhecia como o principal, senão o único sujeito do Direito Internacional, enfrenta a crise da sua própria legitimidade. De acordo com as várias fontes do Direito Internacional, o Estado embora sujeito está sendo secundarizado, ou seja, deixou de desempenhar um papel activo na criação do Direito Internacional.

Não obstante, o fenómeno da internacionalização do Direito está a usurpar do Estado até o poder constituinte que lhe restava como resíduo do poder soberano.

O Direito Internacional ou seja o *ius gentium* como foi designado pelo Direito Romano remonta das relações de coexistência entre os povos.

Esta relação jurídica foram e continua a ser objecto de várias teorias explicativas quanto as suas fontes e fundamentações.

Para o efeito, ao longo da História do Direito Internacional, vários tratados foram legados por grandes pensadores que retratam conclusivamente esta realidade jurídica.

Não constitui nossa pretensão chamar o legado científico dos doutrinários, teóricos ou filósofos do Direito que se posicionaram perante este fenómeno jurídico, tais como, para citar só alguns e de acordo com as tendências: Por um lado, posicionam-se

Hans Kelsen, H. Hart, A. Ross, Austin e A. Verdross que norteados pelo positivismo jurídico descaracterizaram o direito internacional.

De acordo com estes teóricos o direito internacional não pode ser considerado direito por não reunir os requisitos básicos, quer quanto a sua constituição e fundamentação, quer quanto a sua efectivação como norma ou ordem normativa.

Esta posição crítica contra o Direito Internacional, ou seja, da relação entre este e o Direito Interno, outrora com o contributo de Anzilotti e Triepel acabou por desembocar nas correntes monistas e dualistas da teoria do Direito.

Por outro lado, posicionam-se na vanguarda G. Hegel que teoriza o Direito como um sistema fechado e, na contemporaneidade, G. Teubener, N. Luhmann e outros que através da teoria de *autopoiesi* idealizam o Direito como um sistema fechado.

Não obstante, destas posições emergem os defensores de uma posição ecléctica ou moderada, tais como: M. Delmas-Marty, M. Neves, P. Dupuy, P. Haberle, A. Slaughter e E. Jouannet que advogam que através do diálogo, de abertura de “margem nacional de apreciação” e de movimento horizontal e vertical seria possível idealizar, ou seja, construir uma ordem jurídica internacional global.

O Relatório de pesquisa encomendado pelas Nações Unidas sobre “*A fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades emergentes da diversificação e expansão do direito internacional*”¹¹²², o estudo liderado por Martti Koskenniemi, discute sobre o impacto das possíveis incoerências e contradições operadas pela fragmentação do direito internacional e propõe recomendações sobre os possíveis riscos do Direito Internacional Geral¹¹²³.

¹¹²² A Comissão de Direitos Internacionais das Nações Unidas estabeleceu em 2000, um Grupo de Trabalho intitulado “Os Riscos Resultantes da Fragmentação do Direito Internacional”. (*Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/55/10)*, chap. IX.A.1) § 729. O Grupo de Trabalho encabeçado por Martti KOSKENNIEMI produziu um Relatório com o título “*Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*”, in http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf, acedido no dia 25.09.15.

¹¹²³ United Nations, International Law Commission, “*Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*”... op. cit., p. 244.

Vários outros estudos foram realizados, antes e depois deste Relatório da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, sobre a matéria¹¹²⁴.

Para esta reflexão vamos tomar como ponto de partida o estudo apresentado em 2013, por Marcelo Dias Varela, sobre esta temática, intitulado “Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade”¹¹²⁵ discute as várias teorias ou vias que até então foram sugeridas como explicação ou solução do problema sobre a ideia do direito internacional que ao longo da história têm conhecido metamorfoses e configurações complexas.

Marcelo Dias Varela analisa o problema dentro de duas vertentes contíguas: a primeira, se o que deve prevalecer como ideia do Direito Internacional é a fragmentação do Direito Internacional? A segunda vertente, se o que não deve prevalecer seria a ideia do Direito assente no conceito de unidade da ordem jurídica¹¹²⁶? Para a primeira vertente, o autor assume como factível, todavia dependendo “*da concepção subjectiva estabelecida para o reconhecimento da sua existência e dos elementos escolhidos que dão coesão a ordem jurídica*”¹¹²⁷. A segunda vertente é também assumida como viável e pode encontrar o seu fundamento lógico dentro da variedade que a unidade pode tomar, ora como unidade estática, ora como unidade dinâmica¹¹²⁸.

¹¹²⁴ A lista de autores é longa. Indicamos aqui só algumas obras com que entramos em contacto integral ou parcial: PELLET, A (1974) *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse, Paris; DELMAS-MARTY, Mireille (1998) *Trois défis pour un Droit Mondial*, Le Seuil; DELMAS-MARTY, Mireille (1994) *Por um Direito Comum – Tradução de Maria Ermantina da Almeida Prado Galvão – Martins Fontes*, São Paulo; DELMAS-MARTY, Mireille (2006) *Les forces imaginantes du droit II: Le pluralisme ordonné*, Paris: Seuil.; DELMAS-MARTY, Mireille (2007) *Les forces imaginantes du droit II: La refondation des pouvoirs*, Paris: Seuil; DUPUY, Pierre-Marie (1999) *The Danger of Fragmentation or Unification of International legal System and the International Court of Justice*, in *Journal of International Law and Politics*, n.3, New York; DUPUY, Pierre-Marie (2000) *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*; TEUBNER, G; FICHER-LESCANO, A. *Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law*, *Michigan Journal of International law*, v. 25, n.4, 2004; M. KOSKENNIEMI et P. LEINO, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden, Journal of International Law*, 2002, V. 15, n°3, pp. 553-579; *Netherlands Yearbook of International Law* 1995, Vol. XXVI, Neste livro, vide o capítulo intitulado, “*On the uniting of States in respect of treaties*”.

¹¹²⁵ VARELA, Marcelo Dias (2013) *Internacionalização do direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*, Brasília, UniCEUB. In http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949. Acedido, no dia 08.05.15.

¹¹²⁶ VARELA, Marcelo Dias (2013) *Internacionalização do direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*, op. cit. p. 421.

¹¹²⁷ *Ibidem.*, p. 421.

¹¹²⁸ *Ibidem.*, p. 422.

Todavia, o autor ressalva o seu posicionamento afirmando que se trata de uma questão de fé, visto que a ordem jurídica ainda está em construção e que impede a análise definitiva do fenómeno jurídico internacional¹¹²⁹.

Não obstante, o autor vai mais longe e clarifica o nó do problema quando assume que o problema da fragmentação do Direito Internacional não está na sua internacionalização.

A internacionalização do Direito, pelo contrário, unifica o Direito na vertente de especialização normativa (Direitos Humanos, Direito do Ambiente, Direito Penal, Direito Humanitário e Direito Económico) no tocante a unidade de criação, implementação e funcionamento.

O verdadeiro problema desta fragmentação está, segundo Marcelo Varela, na “*criação das novas fontes de produção, implementação e controle do Direito*”¹¹³⁰. Na essência, o problema está na *coesão de conjunto em caso de contradições*, como já tinha sido avançado por vários outros autores.

Identificado melhor o problema sobre a diversificação do Direito Internacional, os pensadores avançaram com teorias, modelos e técnicas jurídicas para a coesão das fontes e evitar-se sobreposições e contradições.

De várias teorias e modelos, pode-se equacionar algumas, talvez não às mais importantes, mas as que entendemos serem às mais discutidas, tais como:

a) A ideia de modelo de redes

A teoria do modelo de redes surge como alternativa as teorias de fundamentação de normas jurídicas projectadas dentro da teoria positivista do Direito.

Hans Kelsen¹¹³¹ ao fundamentar o Direito através de uma norma fundamental – *groundnorm* – estabelece um sistema piramidal que unifica todo o Direito. Esta teoria

¹¹²⁹ Ibidem., p. 422.

¹¹³⁰ Ibidem., p. 424.

¹¹³¹ Vide, Kelsen, Hans (1999) Teoria Pura do Direito, Tradução de João Baptista Machado, Fontes São Paulo.

pura de Direito, embora logicamente coerente, exclui toda a manifestação e complexidade do Direito nas suas diversas vertentes evolutivas.

H. Hart¹¹³², dentro do mesmo positivismo, ao estabelecer a sua teoria de regras de reconhecimento pretendeu superar ou colmatar as lacunas da teoria de Hans Kelsen que excluía outras formas de manifestação do Direito.

Todavia, dada a complexidade e manifestação das várias formas de Direito, F. Rigaux e F. Ost defendem um modelo ou ideia de Direito em rede cuja validação das normas é polissémica ou seja existe diferentes regras de reconhecimento, assim como pluralidade de pirâmides correspondendo ordens e estratificações diversas¹¹³³.

Fischer-Lescano e Teubener, tomando como ponto de referência a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, desenham um modelo de interação a partir de um sistema fechado, autónomo, auto-regulado e auto-referente.

Um sistema que coloca de lado qualquer referência externa, quer internacional, quer nacional. As várias ordens jurídicas emergentes no Direito Internacional sendo autónomas e auto-funcionais encontrariam dentro de si a sua auto-referência sem ter que postula-la fora do seu próprio sistema.

Este modelo nos remete a teoria de mónadas piramidais. Assim, o Direito Internacional seria um sistema fechado que opera dentro da sua ordem jurídica global sem auto-referências exteriores.

Esta ideia apontada por estes autores responde a nova configuração jurídica do Direito Internacional Global caracterizado por *self-contained regimes*.

O desafio que se coloca centra-se na ideia ou na técnica jurídica de interação a ser adoptada para evitar as contradições e sobreposições entre as *self-contained regimes*.

De acordo com os autores as possíveis colisões entre os *self-contained regimes* seriam compreendidas dentro do sistema, ou seja, da própria sociedade global, dentro da

¹¹³² Vide, HART, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. London: Oxford University Press.

¹¹³³ RIGAUX, Marie-Francoise (1985) *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelas: Lacier, p. 270. Vide, também OST, F. (1984) *Considerations sur la validité des normes et des systèmes juridiques*, in *Journal des Tribunaux*, Paris.

cortesias jurídicas¹¹³⁴. Partindo do pressuposto de que o sistema é fechado e os *self-contained regimes* são autónomos, auto-regulados e auto-referentes, estes auto-reproduziriam as suas próprias restrições e vinculações¹¹³⁵.

A ideia ou teoria de redes, *a priori*, parece responder a dinâmica de cadeias evolutivas do Direito Internacional. Todavia, o sistema de redes dentro da estrutura produtiva ou de governança corporativa, tendo em conta a quantidade de normas transnacionais em produção, teria que ser reequacionado.

A ideia do Direito produzido em redes teria imensas dificuldades de interagir com a lógica jurídica do Direito Privado.

Por exemplo, olhando para a lógica de regulação de contratos multilaterais, seria necessário várias regras jurídicas quanto a sua formação, validades, padrões e terminologia¹¹³⁶.

A lógica de responsabilidade jurídica colectiva do Direito Privado é refratária a lógica de responsabilidade funcional dentro do sistema em redes.

Esta teoria embora responda ao que hoje se considera a chave da globalização, o fluxo comunicacional e de interactividade, tecnicamente seria de difícil execução e controlo, por causa da validação das suas normas que envolvem variantes de interdisciplinaridade.

Todavia, o volume e a complexidade das relações jurídicas, na sociedade global, levariam a multiplicação infinita de regras e instrumentos de sincronização impossíveis de criar e manter.

Um sistema de redes, construído dentro de uma inteiração comunicativa entre a universalidade potencial das redes e as bases da sustentação das fontes normativas, para o

¹¹³⁴ “Legal instruments cannot overcome contradictions between different social rationalities. The best law can offer—to use a variation upon an apt description of international law—is to act as a “gentle civilizer of social systems.” Vide, FISCHER-LESCANO, A., e TEUBNER, G., Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law, In: *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 1045, <http://www.jura.unifrankfurt.de/42852885/regimecollisions.pdf>, acedido no dia 28.09.15.

¹¹³⁵ Ibidem, p.1017.

¹¹³⁶ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do direito..., op. cit. p. 430.

seu funcionamento, para além de exigir instrumentos de sincronização interdisciplinar, vai exigir um dispêndio incalculável de energia para a sua manutenção¹¹³⁷.

b) A ideia de um modelo exclusivo de representação comum de vontades

O problema do Direito Internacional na sociedade global como ficou evidenciado acima, não está na fragmentação mas nas superposições e contradições entre as várias ordens jurídicas internacionais.

A técnica ou o modelo de representação comum de vontades foi apontado como uma das possíveis soluções para a coesão necessária dentro da ordem jurídica internacional global.

Concorrem como elos ou estruturas de ligação ou coesão a governança de redes de juízes, agentes administrativos, empresas privadas e outras.

A emergência de várias ordens jurídicas internacionais, na sociedade global, ditou consequentemente a proliferação de instâncias judiciais ou quase judiciais e privadas autónomas na resolução de diferendos.

O papel do juiz ou dos juízes seria primordial na antecipação ou na prevenção das superposições normativas e contradições judiciais entre as várias instâncias de resolução de conflitos.

Dada a capacidade técnico-jurídica dos juízes, entende-se que estes constituem um elo fundamental para a ponte de coesão entre as várias ordens jurídicas.

Constata Ruitemberg Nunes Pereira que *“em todo o ocidente as cortes judiciais têm interagido cada vez mais umas com as outras, o que se constata pelo próprio facto de que precedentes judiciais internacionais são cada vez mais utilizados pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais”*¹¹³⁸.

¹¹³⁷ DELMAS-MARTY, Mireille (2006) *Le Pluralisme Ordonné*, p. 98.

¹¹³⁸ PEREIRA, Ruitemberg Nunes, Interações Transjudiciais e Transjudicialismo: Sobre a linguagem irônica no direito internacional”, in Revista Brasileira de Direito Internacional, Vol. 9, n.º4, 2012, in <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/Ruitemberg.pdf>, acedido no dia 24.09.15.

Os juízes, dentro da prerrogativa e do poder que lhes assistem, estão vocacionados a suprir lacunas formais de competências e hierarquias oriundas das superposições e contradições normativas e judiciais das diversas ordens jurídicas internacionais.

Os juízes usando o seu poder discricionário e a criatividade podem transformar-se em estruturas de coordenação e hierarquias entre os tribunais internacionais e as demais formas de resolução de conflitos transnacionais e nacionais privadas¹¹³⁹.

Delmas-Marty assumindo o problema de coesão das várias ordens jurídicas na sociedade global, procura, através das suas reflexões, equaciona-lo e sugerindo modelos para a possível saída da crise que pode passar pela coordenação por entrecruzamento, harmonização por aproximação e unificação por hibridação¹¹⁴⁰.

A autora fazendo desta preocupação o seu mote vai designa-la por tragédia dos “3C”, complexidade, coerência e completude¹¹⁴¹. Aqui a governança de juízes pode desempenhar um papel preponderante no entrecruzamento normativo e jurisdicional.

Para o efeito, as três vertentes do processo pressupõem, *a priori*, conjuntos de estruturas normativas abertas à mudança.

Os juízes podem desempenhar um papel importante na coordenação e integração das normas distintas oriundas das várias ordens jurídicas. Este processo integrativo deve obedecer um princípio básico que Delmas-Marty designa por “*margem nacional de apreciação*”¹¹⁴². A margem nacional surge como um antídoto que vai evitar a simples justaposição de diferenças e permitir uma reconciliação de práticas próprias e distintas de cada ordem jurídica¹¹⁴³.

Marcelo Neves, neste contexto, equaciona o problema de sobreposição e contradições normativas e jurisdicionais dentro da figura de transversalidade.

¹¹³⁹ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do Direito..., op. cit. p. 433.

¹¹⁴⁰ DELMAS-MARTY, Mireille (2006) *Le Pluralisme Ordonné*, op.cit. p. 39, 69 e 101.

¹¹⁴¹ DELMAS-MARTY, Mireille (2007), *La refondation des pouvoirs*, Paris: Seuil, p. 127.

¹¹⁴² Ibidem., p. 98.

¹¹⁴³ Ibidem., p. 98.

Uma vez transposto o problema para o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas no âmbito de direitos fundamentais e de limitação de poderes designa-o por transconstitucionalismo¹¹⁴⁴.

O transconstitucionalismo vai permitir a interação entre ordens jurídicas diferentes, quer estatais, transnacionais, internacionais e supranacionais. A interação destas ordens jurídicas passa por espírito de diálogo, de aprendizagem e de aceitação recíproca.

A interatividade pode efectivar-se através de políticas de reconhecimento entre ordens jurídicas. Aqui o tribunal e os seus juízes podem desempenhar um papel preponderante no processo de interação e reconhecimento do outro. Não obstante, neste processo interativo a predisposição de ambas partes e o respeito pela liberdade do outro é o pressuposto básico para a interação entre as várias e distintas ordens jurídicas¹¹⁴⁵.

Anne-Marie Slaughter, no mesmo contexto, avança na perspectiva dialógica, propondo a criação de uma comunidade de juízes de países liberais democratas¹¹⁴⁶, como ponto de partida para a interação entre as várias ordens jurídicas.

Esta interação passa por diálogo transjudicial onde os juízes de ordens jurídicas distintas podem interagir uns com os outros, no sentido de se informar como dentro da sua ordem jurídica resolve um certo problema idêntico ao que está a ocorrer no seu. Os resultados deste diálogo uma vez consolidados podem ser matéria de harmonização legislativa internacional¹¹⁴⁷.

Os modelos ou técnicas jurídicas através da governança de redes de juízes aqui propostos como possíveis vias ou mecanismos para se lograr a interação entre as várias

¹¹⁴⁴ NEVES, Marcelo (2009) Transconstitucionalismo, op., cit., p.

¹¹⁴⁵ Ibidem., p. 272.

¹¹⁴⁶ A autora justifica a opção pelos juízes de países liberais democráticos dadas as características que o Estado de Direito Democrático oferece, quer quanto a separação dos poderes, quer quanto aos direitos e liberdades constitucionalmente garantidos. Daí que *“These particular features of domestic political structure are important determinants of the interaction between the State and individual and group actors in domestic and transnational society”*. Vide, SLAUGHTER, Anne-Marie, *International Law in a world of liberal states*, 1995, E EJIL 503, p. 511, in <http://www.ejil.org/pdfs/6/1/1310.pdf>, acedido no dia 24.09.15.

¹¹⁴⁷ Ibidem., p. 524.

ordens jurídicas na sociedade global, embora interessantes, foram objecto de várias críticas por se entender serem superficiais e não abrangentes.

Marcelo Dias Varela foi contundente ao contrastar que o papel dos juízes neste processo é fundamental, todavia o fenómeno da construção das normas jurídicas ou ordens jurídicas é feito por vários actores do Direito Internacional.

Nenhum juiz ou comunidade de juízes estaria humanamente em condições de visualizar ou ler a alteridade de diferentes ordens jurídicas ou servir de ponte entre esta mesma diversidade.

O fenómeno da globalização não só multiplicou os actores de produção das normas jurídicas, como também os regimes normativos, lógicas distintas entre as ordens jurídicas e com o agravante de cada qual erigir-se sobre seus próprios princípios fundadores¹¹⁴⁸.

Na essência, cada ordem jurídica internacional possui mecanismos próprios de resolução de conflitos. Só se na melhor das hipóteses se aventarmos a criação de um juiz hércules¹¹⁴⁹. Não obstante, mesmo que fosse possível, iria contra a essência do próprio Direito, percebida como uma realidade eminentemente humana e social.

O Direito sendo produto da sociedade não se coaduna com o estaticismo. Este sempre acompanhou o dinamismo e a evolução da própria sociedade.

O modelo ou técnica jurídica assente na interação de juízes como estratégia para ultrapassar o desafio sobre a coesão das ordens jurídicas, leva consigo vários outros constrangimentos que não seria possível esgota-los nesta ilustração.

Um dos constrangimentos de realce prende-se com o fenómeno de exclusão que julgamos não estar a ser tomado em conta primordialmente. Por exemplo, a proposta avançada sobre a comunidade de juízes de países liberais democráticos, mesmo que seja um núcleo ou ponto de partida exclui outros valores identificados nos outros sistemas políticos, cujos juízes estão à partida excluídos desta comunidade.

¹¹⁴⁸ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do Direito..., op. cit. p. 435.

¹¹⁴⁹ Ibidem., p. 436.

Apesar das críticas contra este mecanismo, a interação judicial tem conhecido um avanço considerável na sociedade global.

Face a sua intensidade, há quem sustente a possibilidade de formação de uma autêntica comunidade global de juízes ou de tribunais.

Não obstante, a experiência do movimento da universalização dos direitos humanos, constitui um exemplo vivo, quando este deparou com constrangimentos de ordem culturais.

Por outro lado, as interações transjudiciais têm suscitado questões de ética quando se advoga que, os precedentes judiciais de uma dada ordem jurídica fazem parte e identificam-se com a história e cultura deste colectivo¹¹⁵⁰.

c) A ideia dos princípios gerais do Direito Internacional como elementos de coesão entre as ordens jurídicas

O desafio imposto pela evolução e desenvolvimento do Direito Internacional, cujo problema reside na coesão dos vários instrumentos internacionais, ou melhor, na coexistência entre as várias ordens jurídicas internacionais, parece encontrar solução nos princípios gerais do Direito Internacional como ponte de diálogo entre as várias ordens jurídicas¹¹⁵¹.

Não resta dúvida que a diversidade do Direito Internacional criou vários princípios de Direito específicos e inerentes a cada ordem jurídica em especial.

Na verdade, cada nova ordem jurídica nasce com os seus próprios princípios que ditam a lógica da sua própria coerência normativa e que permitem a sua articulação¹¹⁵².

¹¹⁵⁰ PEREIRA, Ruitemberg Nunes, *Interações Transjudiciais e Transjudicialismo*, op. cit., p. 170

¹¹⁵¹ VARELA, Marcelo Dias (2013) *Internacionalização do Direito...*, op. cit. p. 437.

¹¹⁵² JOUANNET, Emmanuelle, *L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international*, p.1, in https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDI/Contributions_en_ligne/E._JOUANNET/PG_et_fragmentation-version_CERDIN.pdf, acedido no dia 25.09.15

Todavia, estas mesmas ordens jurídicas especiais estão relacionadas com os princípios gerais de Direito Internacional. Estes princípios gerais são, de entre outras: *pacta sunt servanda*, da prevenção, de não discriminação, da igualdade soberana, da resolução pacífica de conflitos, da boa-fé, da reciprocidade e outros. Esta constatação faz com que alguns autores visualizem nos princípios gerais do Direito Internacional um elo ou os elementos de coesão entre as várias ordens jurídicas internacionais.

A ideia subjacente a esta visão de coerência da ordem jurídica internacional geral foi equacionada dentro da seguinte lógica: os princípios gerais permeando as várias ordens ou sistemas jurídicos poderiam servir de *substracto* para congregar os vários pontos de convergência do Direito e servir de ponte de migração dos princípios específicos de cada ordem jurídica¹¹⁵³.

Emmanuelle Jouannet a propósito desta ponte de migração avança com algumas ideias concretas, tais como, por exemplo, os princípios de precaução, do desenvolvimento sustentável, da dignidade da pessoa humana inerentes ao Direito Internacional do ambiente, podem migrar para as outras ordens jurídicas, tais como Direito Humanitário, Direito Internacional Económico, Direito do Desenvolvimento, Direitos Humanos.

O princípio de “controlo efectivo” inerente ao Direito Internacional Penal não se opõe e nem contraria nenhum princípio geral de direito. O princípio de prevenção como princípio geral aliado ao princípio de protecção é um princípio específico do Direito do Ambiente. O princípio de não discriminação em tanto que princípio do Direito Fundamental Global premeia as várias ordens jurídicas especiais, tais como, o Direito do Ambiente, o Direito de Águas, o Direito das Nacionalizações, o Direito Humanitário, o Direito ao Desenvolvimento e os Direitos Humanos¹¹⁵⁴.

De facto, estes princípios, no âmbito da interação das ordens jurídicas, estão a ser aplicados nas distintas ordens jurídicas para suprir ou colmatar as lacunas de interpretação que são próprias e frequentes no Direito, dada a sua característica evolutiva

¹¹⁵³ VARELA, Marcelo Dias (2013) *Internacionalização do Direito...*, op. cit. p. 428.

¹¹⁵⁴ JOUANNET, Emmanuelle, *L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain...*, op. cit. p. 7.

e pouco abrangente¹¹⁵⁵. Por outro lado, princípios como, por exemplo, de boa-fé, de *pacta sunt servanta*, princípios particularmente gerais e gerantes, permeiam todas as ordens jurídicas do Direito Internacional Geral, ou seja, todos os destinatários do sistema global¹¹⁵⁶.

A ideia ou modelo de coesão e interação entre as várias e distintas ordens jurídicas, dentro da ordem jurídica global, através dos princípios gerais e específicos do direito, parte do pressuposto de que a emergência de várias ordens e sistemas jurídicos distintos e autônomos, não podem ser entendidas como uma acção que visa limitar e particularizar a generalidade dos princípios gerais.

A existência ou a emergência dos princípios e regras especiais não são a limitação, excepção ou derrogação dos princípios ou regras gerais. Esta deve ser entendida como uma abertura ou uma margem de apreciação e interpretação dos fenómenos emergentes dentro da evolução e desenvolvimento do Direito Internacional.

A emergência destes princípios constitui um fenómeno natural inerente a criação de qualquer ordem jurídica autónoma e faz parte da essência e Teoria do Direito. Os princípios especiais constantes nas ordens jurídicas emergentes ou especiais, fruto da fragmentação do Direito Internacional, não vão contra os princípios gerais do Direito Internacional Geral¹¹⁵⁷.

Os princípios gerais e especiais desempenham um papel preponderante dentro das ordens ou sistemas jurídicos. Os princípios gerais e especiais constituem a pedra angular a ter em conta para se lograr a inteiração ou coesão dos vários sistemas ou ordens jurídicas dentro do Direito Internacional Geral. Estes por representarem a estrutura básica de todos os sistemas e ordens são o elemento primordial para a articulação necessária entre os vários sistemas e ordens jurídicas. Os princípios sendo regras lógicas e pressupostos básicos de toda a técnica jurídica, podem ser utilizados nesta interação para

¹¹⁵⁵ Ibidem., p.7.

¹¹⁵⁶ Ibidem., p.7.

¹¹⁵⁷ Ibidem., p.7.

a coordenação, produção, interpretação e implementação das normas em todos os sistemas ou ordens jurídicas do Direito Internacional¹¹⁵⁸.

Os princípios gerais do Direito dada a sua primazia na edificação do Direito e a sua funcionalidade na interação entre as ordens e sistemas jurídicos no Direito Internacional Geral, levam autores como Emmanuelle Jounnet a afirmar que “*todos os princípios gerais são princípios fundamentais em qualquer dos domínios*”¹¹⁵⁹.

Dentro deste pensamento, Pierre-Marie Dupuy avança sugerindo que a Carta das Nações Unidas por congregar um núcleo vasto de princípios fundamentais ou seja de princípios gerais de Direito é a constituição material da ordem jurídica internacional¹¹⁶⁰.

A Carta das Nações Unidas possui as bases ou fundamentos das regras fundamentais do Direito Internacional. Este conjunto de princípios são de facto os elementos constituintes e os axiomas a partir dos quais se postula as regras da criação das várias ordens ou sistemas jurídicos¹¹⁶¹.

A ideia ou modelo de interação e coesão através dos princípios gerais do Direito Internacional que depois foi focalizada na Carta das Nações Unidas como a Constituição Universal foi defendida através de varias demonstrações e principalmente a partir do princípio fundamental que consta no artigo 103º da Carta que dispõe que “*No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta*”.

Estas obrigações invioláveis e que devem nortear a coexistência da comunidade internacional e as suas ordens jurídicas quer nacionais quer internacionais são os princípios fundamentais ou gerais do Direito Internacional dispostos na Carta.

¹¹⁵⁸ Ibidem., p.8.

¹¹⁵⁹ Ibidem., p.8

¹¹⁶⁰ DUPUY, Pierre-Marie (2000) *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public.*, p. 237, In https://books.google.pt/books?id=rvmH8c4XchMC&pg=PA215&hl=pt-PT&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false, acessado no dia 15.09.15.

¹¹⁶¹ JOUANNET, Emmanuelle, *L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain...*, op. cit. p. 8.

Por outro lado, a Declaração relativa aos princípios do Direito Internacional relacionados às relações amicais e à cooperação entre os Estados, adotado através da Resolução n.º 2625 (XXV) da Assembleia Geral das nações Unidas, de 24 de outubro de 1970, veio reafirmar e consolidar os mesmos princípios plasmados na Carta das Nações Unidas¹¹⁶².

Esta repetição dos princípios fundamentais que constam na Carta e que devem continuar a nortear a Comunidade internacional foi interpretada como a confirmação do carácter essencial das normas substantivas enunciadas no texto fundador¹¹⁶³.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, adotado em 1969, ao estabelecer no seu artigo 53º a “*norma imperativa*”¹¹⁶⁴, vai reafirmar a primazia do princípio fundamental consagrado no artigo 103º da Carta, assim como lhe dá o suporte normativo como garantia da sua eficácia.

Não obstante, a mesma Convenção dispõe na alínea a) do artigo 60º que qualquer diferendo quanto a aplicação ou interpretação do artigo 53º deve submetê-lo à decisão do Tribunal Internacional de Justiça.

A primazia dada a este princípio fundamental pelos instrumentos das Nações Unidas denota quão é importante e fundamental para a interação entre os membros da comunidade internacional e os seus instrumentos de regulação. Foi assim que a Corte Internacional de Justiça veio qualificar este princípio de uma “*obrigação erga omnes*”¹¹⁶⁵.

O reconhecimento e a primazia conferida as regras imperativas do Direito Internacional (*jus cogens*) e as obrigações *erga omnes* pelas Nações Unidas e pelo Tribunal Internacional da Justiça tem sido o ponto de referência para a possível hierarquização e constitucionalização do Direito Internacional Global de defensores da

¹¹⁶² Esta Declaração veio reafirmar os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, de entre eles o de igualdade soberana, ou seja, “*que o território de um Estado não deverá ser objeto de aquisição por outro Estado pela ameaça ou pelo emprego da força e que toda ação visando a romper totalmente ou parcialmente a unidade nacional, integridade territorial ou a independência política de um Estado ou de um país é incompatível com os objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas*”.

¹¹⁶³ DUPUY, Pierre-Marie (2000) *L'unité de l'ordre juridique international...*, op. cit., p. 238.

¹¹⁶⁴ Dispõe o artigo 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que, “*É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral...*”

¹¹⁶⁵ DUPUY, Pierre-Marie (2000) *L'unité de l'ordre juridique international...*, op. cit., p. 238.

ideia de interação através da harmonização dos princípios gerais e especiais de Direito Internacional¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁶ Ibidem., p. 240.

9.2. Os desafios das ideias ou dos modelos de interação das ordens jurídicas no Direito Internacional Global

O problema sobre a diversificação e a expansão do Direito Internacional na nova ordem jurídica internacional está hoje bem equacionado.

Como pudemos ver, este problema não está na diversificação do Direito Internacional em si, até porque esta trás vantagens como se vai tentar demonstrar, mas sim na contradição e incoerência que esta pode trazer na coexistência de várias ordens e sistemas jurídicos de lógica e natureza diferente na sociedade global.

Foi e continua a ser a preocupação de vários pensadores e jurisconsultos o descobrir um modelo ou uma técnica jurídica para a interação e coesão das diversas fontes e evitar-se as sobreposições e contradições emergentes.

Este desafio colocado aos pensadores e jurisconsultos não é de menos, pois a interação e coesão de uma ordem jurídica global é um imperativo prático e muito imediato quanto a previsibilidade e a segurança jurídica¹¹⁶⁷.

Esta preocupação, como se pode ver, não só se circunscreve ao Direito, mas também atinge outras áreas do saber, tais como a política, a sociologia, a filosofia, a ética, a economia e outras.

O Direito não é um todo mas parte de um organismo vivo, sendo este último a sociedade global.

Portanto, pode entender-se que a falta de coerência na regulação, na interpretação e na aplicação do Direito, cria uma serie de clivagens e consequências negativas quanto a racionalidade normativa e aos padrões de conduta a seguir dentro da mesma sociedade global.

O Direito Internacional Global é hoje caracterizado por três elementos chaves, a saber: a multiplicação de várias ordens jurídicas internacionais distintas e autónomas

¹¹⁶⁷ JOUANNET, Emmanuelle, *L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain...*, op. cit. p. 1.

dentro do mesmo espaço jurídico global; a multiplicação de vários e distintos órgãos de regulação de conflitos internacionais; o *soft law*, o então Direito flexível e programático.

Esta viragem revolucionada pelo processo da globalização económica hegemónica ditou uma nova ordem jurídica global. Como se pode perceber, estamos perante características que fogem à lógica do então Direito Internacional clássico (*jus cogens*).

Das várias ideias avançadas, quer como modelo, quer como técnica jurídica para a interação ou coesão normativa e jurisdicional não passam de puras ideias que precisam de ser consubstanciadas para provarem na prática a sua consistência.

A ideia ou modelo que projecta a Carta das Nações Unidas como ponto de partida para a interação e coesão da ordem jurídica internacional global, parte de um pressuposto sólido. Pois, este modelo deu provas da sua consistência interactiva no âmbito das ordens jurídicas desenvolvidas dentro da ideia do Direito Internacional clássico (*jus cogens*).

Não obstante, transpor este modelo ou ideia do Direito Internacional (*jus cogens*) para esta nova realidade, parece-nos ser de difícil transposição face às características dos novos sujeitos do Direito Internacional, onde alguns são de regulação e jurisdição autónomas, extraterritoriais e sem vínculos com os Estados Nacionais.

A constituição e a produção normativa das ordens jurídicas autónomas (*self-contained regimes*) não obedecem a lógica e os princípios consagrados na Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

Estas ordens jurídicas possuem órgãos de resolução de conflitos autónomos. De tal modo que estão longe dos Tribunais Internacionais e regulam-se através dos *soft law*. Portanto, sujeitar estas ordens jurídicas aos princípios gerais disciplinadoras dos instrumentos do Direito Internacional clássico (*jus cogens*) seria o seu desmantelamento.

Na verdade, a sua emergência justifica-se pela necessidade de um sistema mais aberto e livre de ataduras dos princípios gerais do Direito Internacional clássico (*jus cogens*).

A ideia do diálogo transjudicial ou comunidade dos juízes como uma possível ponte para a interação iria encontrar dificuldades para a sua concretização. Por exemplo,

como lidar com a divergência da configuração normativa? Estas ordens jurídicas regulam-se através do Direito flexível e programático. Como conciliar com as normas imperativas oriundas do *jus cogens*? Que tipo de precedente poderia servir de jurisprudência internacional nos casos ou conflitos dirimidos através de um Direito *soft law*?

A ideia do diálogo transjudicial, de acordo com a arquitetura da Anne-Marie Slaughter, onde os resultados do diálogo uma vez consolidados podem ser matéria de harmonização legislativa internacional, vislumbra, *a priori*, uma interação que pode passar por uma unificação quanto as normas e a interpretação das varias matérias reguladas nas ordens jurídicas autónomas.

A harmonização legislativa internacional seria um prelúdio de uma pretensa constitucionalização do Direito Internacional. Esta lógica de interação vai contra a evolução e a dinâmica do Direito Internacional Global.

Diversas transformações operadas na sociedade global, a todos níveis, pela globalização económica hegemónica são de difícil reversão. Estas transformações têm como fundamento lógico e operacional na ideia do Direito dos regimes autónomos subjacentes na política liberal da economia do mercado.

Por exemplo, como reverter as transformações operadas no âmbito do Direito Internacional Económico, onde a *lex mercatória* impôs a lógica e a ideia do Direito? Como contornar a Organização Mundial do Comércio que foi estabelecido por critérios materiais e possui um regime jurídico geral próprio, autónomo, pujante e contemplando sub-regulações de carácter regionais? Portanto, as transformações operadas na sociedade global, por si só, desencorajam os ideais de uma pretensa unificação ou constitucionalização do Direito Internacional.

A emergência das ordens jurídicas internacionais autónomas ou especializadas surgem como resposta a demanda da sociedade internacional quanto a celeridade dos processos, melhor eficácia jurídica e maior vínculo dos sujeitos às suas obrigações internacionais.

Foi dentro desta dinâmica internacional global que se justificou a incorporação da lógica da especialidade dentro da ideia do Direito Internacional Geral.

Foi dentro desta lógica que se desenvolveram os regimes jurídicos autónomos dentro do Direito Internacional geral.

Esta abertura jurídica permitiu que a sociedade global contasse hoje com Direito Internacional Económico, Direito Penal Internacional, Direito Internacional do Meio Ambiente, Direito Internacional Humano, Direito Internacional do Trabalho e outros.

Estes regimes jurídicos desenvolveram-se e atomizaram-se ao ponto de cada uma constituir-se em ordem jurídica autónoma, com o poder normativo e jurisdicional próprio. Estas ordens possuem princípios jurídicos próprios e específicos diferentes das outras ordens jurídicas.

A expansão e a especialização do Direito Internacional foi uma resposta a própria evolução e desenvolvimento do Direito Internacional. A ideia de *lex specialis* como uma técnica jurídica dentro da doutrina do Direito Internacional clássico (*jus cogens*) surge para responder as especificidades do direito.

As ordens jurídicas internacionais autónomas desenvolvem-se em resposta a esta necessidade jurídica.

O fenómeno da globalização ao ditar uma nova ordem jurídica especial encontra no princípio da especialidade a plataforma para o desenvolvimento do Direito consentâneo as suas exigências do mercado e globais.

A ideia da interação ou coesão do Direito Internacional geral através dos princípios gerais e especiais parece-nos a primeira vista mais flexível e talvez fácil de articular.

Na verdade, o grande desafio começa quando se pretende saber como fazer para se lograr a solução do problema. A coesão através dos princípios gerais e especiais será arquitectada através da unificação, hibridação ou harmonização?

Por hipótese, se alinharmos com a opção de uma das grandes teóricas do Direito Internacional, Delmas-Marty, que prioriza a harmonização, pode-se entrar para a seguinte reflexão:

De acordo com Delmas-Marty a harmonização não deve “*confundir-se nem com a unidade, nem com a pluralidade: ela é composição, movimento de um e do outro*”¹¹⁶⁸.

Assim definida a harmonização, a interação entre os princípios gerais e especiais deve desenvolver-se dentro de uma dinâmica ou movimento inverso. Pode-se levantar uma nova inquietação, se o movimento inverso é vertical ou horizontal?

De acordo com a perspectiva da Delmas-Marty, este movimento deve ser vertical que hierarquiza os princípios do geral ao especial e vice-versa. Não obstante, entendemos que o sistema jurídico é concebido como um conjunto de elementos e relações entre si, determináveis como unidade.

Estes elementos são os princípios e as normas jurídicas e os seus conteúdos, assim como os procedimentos que se encontram previstos nas normas. Um espaço jurídico internacional global que não pode confundir-se com a unidade e nem com a pluralidade das normas é um espaço refractário à essência de todo o sistema jurídico.

Portanto, sem a unidade – expressão da coerência e consistência – não se pode esperar que o Direito seja obedecido ou eficaz. A coerência e a consistência quer dos princípios quer das normas são propriedades do sistema jurídico, que derivam da sua unidade.

De uma maneira genérica, a coerência relaciona-se com a racionalidade do sistema jurídico como um todo, enquanto a consistência se predica dos princípios e das normas, garantindo a não contradição¹¹⁶⁹.

A unidade do sistema jurídico procede da sua “*regra de reconhecimento*” e desta o critério supremo de validez e pertença dos princípios e das normas.

Um espaço jurídico global que não seja um sistema coerente e consistente, *a priori*, torna-se um potencial de conflitos quer no tocante ao primado dos princípios e das normas, quer sobre a hierarquia das mesmas.

Na verdade, este é o problema ou o desafio que se pretende evitar ou solucionar. Um espaço jurídico que pretende ser uno e sem deixar de ser múltiplo, suscita o problema

¹¹⁶⁸ DELMAS-MARTY, Mireille (2006) *Le Pluralisme Ordonné*, op.cit. p. 31

¹¹⁶⁹ OCHOA, Carla Huesta (2003) *Conflitos Normativos*, 1ª Edição, Universidade nacional Autónoma de México, op.cit., p. 134.

da primazia e da hierarquia dos princípios e das normas. Enquanto o movimento não termina o seu perpétuo devir, toda e qualquer reflexão desemboca numa utopia.

Arquitectados assim os princípios, as normas e consequentemente os espaços, do mais alto ao mais baixo e vice-versa, e interpretados dentro da teoria do uno e do múltiplo em que um triunfa em relação ao outro e vice-versa, claramente, em termos de hierarquia não existe a superioridade de um em relação ao outro.

Por outro lado, fica-se com a sensação de estarmos perante um único princípio, norma ou espaço, que, ora se multiplica, ora se unifica.

Portanto, com base nesta lógica do uno e do múltiplo pode-se concluir que não há lugar para a superioridade de um princípio ou uma norma em relação a outra.

Perante esta realidade, surge o equívoco: que solução se oferece quando dois ou mais princípios, ou seja, duas ou mais normas entram em conflito?

A observância do princípio da hierarquia das normas, em qualquer ordenamento jurídico, constitui uma pedra angular na arquitectura do sistema jurídico e permite um equilíbrio e coerência, quer em relação às normas dos espaços jurídicos internacionais autónomos, quer para com as do Direito Internacional (*jus cogens*) e mesmo quando se trata do mesmo espaço jurídico internacional global como se depreende do “pluralismo ordenado”.

Assim sendo, e olhando para a lógica arquitectónica do “pluralismo ordenado” caberia aqui a hipótese de solução do problema do primado com base na aplicação do princípio de “*lex posterior derogat priori*”, dentro do pressuposto de que a *lex posterior* é a melhor? Ou por outra, na vertente dos princípios de especialidade, a norma especial derroga a geral?

Não nos parece equacionável visto que na dinâmica do uno e do múltiplo a *lex posterior* será derogada com a *lex priori* e vice-versa ou a especial será derogada com a geral e vice-versa.

A ausência do primado e a hierarquia, quer dos princípios, quer das normas, leva ao desaparecimento de um dos espaços por se entender que o primado de um Direito sobre o outro traduz uma condição essencial da existência de um em relação com o outro.

O estudo de pesquisa sobre *“A fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades emergentes da diversificação e expansão do Direito Internacional”*, da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, apresenta conclusões menos pessimistas face às preocupações e o alarme emotivo dos positivistas sobre os propalados riscos da nova ordem jurídica internacional global resultantes da fragmentação do Direito Internacional Geral.

A preocupação dos positivistas centrava-se na teoria sobre a unidade e a hierarquia das normas como factor de coerência, previsibilidade e eficácia do sistema jurídico.

Ao constatar-se a multiplicação de ordens ou sistemas jurídicos autónomos e com regimes jurídicos gerais próprios e, acrescida de experiências vivas de sobreposições e contradições normativas e jurisdicionais na arena internacional, criou na comunidade jurídica um grande inquietação sobre os trilhos do sistema jurídico global.

De acordo com o Relatório de pesquisa sobre a preocupação inerente a fragmentação do Direito Internacional Geral, o estudo conclui e indica três possíveis factores que podem estar por detrás deste fenómeno: i) a diferente interpretação feita ao Direito Internacional Geral pelas ordens jurídicas internacionais emergentes ii) as excepções interpretativas especial e extensivas conferidas as novas ordens jurídicas autónomas, por exemplo, o Direito Internacional Humano, justificadas por causa do seu objecto e finalidade, quanto as suas normas ou Tratados, diferem da interpretação formalista exigida pelos Tratados clássicos: iii) a regulação ou qualificação jurídica do mesmo objecto por ordens jurídicas diferentes, por exemplo, direito da saúde, do comércio, direitos humanos, tem suscitado conflitos de competência e fonte de obrigações contraditórias.

Quanto aos riscos ou dificuldades emergentes da diversificação e expansão do Direito Internacional, ou seja o problema de interação e coesão jurídica entre as ordens ou sistemas jurídicos emergentes no Direito Internacional, o estudo apresenta duas principais conclusões: i) *“...a emergência dos regimes especiais de Tratados não*

compromete a segurança, a predicabilidade e a igualdade das normas jurídicas”¹¹⁷⁰. b) *“Na realidade, não existe um meta-sistema hierárquico e homogêneo para lidar com o problema...”*¹¹⁷¹.

O resultado do estudo em causa apresenta recomendações a serem estudadas e desenvolvidas para enfrentar este problema de interação e coesão jurídica entre as ordens ou sistemas jurídicos emergentes no Direito Internacional Geral.

De entre as recomendações sugeridas pode-se destacar, por exemplo, as seguintes: *“O Direito Internacional necessita de operar dentro de uma área onde a necessidade da coerência e do pluralismo estejam viradas para direcções diferentes. Para que isto seja possível e com êxito, urge uma enorme atenção ao conflito de normas e jurisdições, métodos e técnicas para lidar com tais conflitos”*¹¹⁷².

Não obstante, para a concretização destes objectivos o estudo aponta as acções a serem desenvolvidas e a forma como elas devem ser executadas. Estas actividades devem ser desenvolvidas dentro de três vectores nevrálgicos do Direito Internacional Geral, a saber:

- a) Quanto ao papel da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Esta constitui uma base normativa inquestionável para lidar com os problemas de fragmentação.

Não há razão para que esta não o seja também para os conflitos emergentes com a evolução e o desenvolvimento do Direito Internacional.

A Convenção não tem sido aplicada aos Tratados e as normas especiais emergentes no Direito Internacional Geral.

¹¹⁷⁰ United Nations, International Law Commission, “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”, op. cit., p. 248. Vide o texto original: “One principal conclusion of this report has been that the emergence of special treaty-regimes (which should not be called “self-contained”) has not seriously undermined legal security, predictability or the equality of legal subjects”.

¹¹⁷¹ Ibidem., p. 249. Vide o texto original: “no homogenous, hierarchical meta-system is realistically available to do away with such problems”.

¹¹⁷² Ibidem., p. 249. Vide o texto original: “International law will need to operate within an area where the demands of coherence and reasonable pluralism will point in different directions. In order for it to do this successfully, increasing attention will have to be given to the collision of norms and regimes and the rules, methods and techniques for dealing with such collisions”.

Esta deve chamar para si todos estes instrumentos e discipliná-los. Portanto, deve-se dar um novo enquadramento as provisões da Convenção para que esta reconheça os vários tipos de tratados especiais, interpretá-los e aplica-los¹¹⁷³;

- b) A ideia e o funcionamento dos regimes jurídicos. Algumas ordens jurídicas emergentes, por exemplo, as transnacionais, operam dentro de sistema de redes. Estas possuem as suas próprias instituições e funcionam dentro das suas próprias regras, princípios e objectivos.

Estas ordens jurídicas funcionam dentro de uma base de coordenação administrativa e de complementaridade. Os conflitos normativos emergentes são tratados de forma diversa dentro de cada rede.

Portanto, constata-se que nem a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e nem os Tribunais Internacionais Judiciais e Arbitrais possuem formas de articulação e nem provisões sobre como lidar com este tipo de realidade.

Algumas acções devem ser tomadas no sentido de conhecer a ideia e a lógica de funcionamento e dos mecanismos de resolução de conflitos dentro destas redes. Estas acções visam garantir mecanismos imparciais de resolução de conflitos em cada ordem jurídica.

Não obstante, estes mecanismos não têm e nem devem ser necessariamente iguais para todas as ordens jurídicas¹¹⁷⁴;

- c) A natureza e a operação do Direito Internacional Geral. O fenómeno da fragmentação surge em contraposição a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e também ao Direito Internacional Geral.

O domínio sobre a natureza e a essência do Direito Internacional geral por parte dos actores e agentes internacionais, principalmente por aqueles especialistas

¹¹⁷³ Ibidem., p. 251. *“It is proposed to give guidelines on how the Vienna Convention provisions might give recognition to the wide variation of treaty types and normative implications of such types and whether it might be possible to set up informal guidelines on how to deal with treaty conflicts”*.

¹¹⁷⁴ Ibidem., p. 253.

fazedores das normas das organizações ou instituições autónomas é de extrema importância.

Este conhecimento permite que estes especialistas na sua acção normativa ajam com conhecimento e consonância com os princípios fundamentais do Direito Internacional Geral.

Para o efeito, esta tarefa cabe a Comissão do Direito Internacional para reestruturar a essência do Direito Internacional Geral. Este instrumento deve responder à evolução e à dinâmica do processo de codificação e desenvolvimento do Direito Internacional na sociedade global¹¹⁷⁵.

Os desafios colocados à sociedade global quanto à evolução e ao desenvolvimento do Direito Internacional, ainda não encontraram uma resposta científica e pragmática.

As sugestões e recomendações frutos de pesquisas e debates dos doutrinários ainda não são consistentes.

Estas sugestões são sim ideias e projectos que devem ser amadurecidas e consubstanciadas para serem testadas.

A varinha mágica que a sociedade anseia para se lograr a interação e coesão das diversas fontes e evitar-se os riscos, ou seja, as sobreposições e contradições emergentes no Direito Internacional Global, ainda está por ser descoberta.

O desafio ora colocado e em debate, embora bem equacionado e pragmático, deve transpor as barreiras do normativismo e do positivismo quanto à ideia do Direito Internacional.

Dada a complexidade do fenómeno e a falta de uma luz no fundo do túnel, alguns pesquisadores escudam-se através da teoria evolutiva arguindo de que enquanto a ordem jurídica global estiver em devir construtivo a tentativa de encontrar solução ou seja de estabelecer um modelo de interação e coesão é ilógico.

¹¹⁷⁵ Ibidem., p. 256.

A ordem jurídica internacional global caracterizada pela diversificação do Direito Internacional e pela falta de coesão normativa e jurisdicional pode ser considerada como uma ordem refratária ao Direito Internacional Geral.

Estas duas características podem ser consideradas como a sua natureza ou a sua essência. Estas duas características podem ser vistas como duas forças catalisadoras da nova ordem jurídica internacional global. São estas duas forças que nutrem e alimentam o pluralismo.

A nova ordem jurídica global funda-se no pluralismo. O pluralismo é refractário a unificação, hibridação ou harmonização.

Como já foi referenciado atrás, o Direito é o produto da sociedade.

A sociedade contemporânea alicerça-se hoje dentro do pluralismo de índole e de forma diversa.

Procurar a unidade dentro da fragmentação e a coesão dentro da complexidade constitui uma tarefa difícil senão impossível. E se fosse possível seria fazer recuar a história e, esta não volta jamais.

A dinâmica e a lógica imposta pela força do mercado não se fazem esperar, ou pega ou larga. O pluralismo jurídico emerge desta ruptura com a ideia ou visão normativista de que as regras busca a sua juridicidade na coerência dos seus instrumentos¹¹⁷⁶.

A ideia e a força da globalização hegemónica dentro da sociedade global não se coaduna com incertezas e relativismos, ou seja, não se enquadra no pluralismo ordenado do vai e vem.

Esta realidade ficou demonstrada através dos resultados do estudo da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas que constatou que as ordens ou sistemas jurídicos fechados ou autónomos apresentam menos problemas do que as ordens semi-

¹¹⁷⁶ COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne, La fragmentation du droit international: vers un changement de paradigme? Lex Electronica, vol. 11 n° 2 (Automne / Fall 2006), p. 11, in <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/comtoisdinel.pdf>, acedido no dia 30.09.15.

autónomas que aplicam os princípios gerais do Direito Internacional mas numa perspectiva especial¹¹⁷⁷.

Com base nestes achados, poder-se-ia dizer que mesmo que se consiga descobrir um modelo ou uma técnica jurídica que possa estabelecer uma interação ou coesão entre as várias ordens ou sistemas jurídicos, o problema ficaria ainda por resolver.

Na verdade, o problema não está aí, o problema está, pensamos nós, no pluralismo jurídico que não depende das ideias e da lógica do Direito mas das forças alicerçadas dentro da sociedade.

O desafio ou a preocupação dos positivistas ou normativistas em descobrir a ideia ou modelo para a interação ou coesão do Direito Internacional global deve ser pensado dentro de novas teorias científicas, por exemplo, a teoria sobre as “*Estruturas das revoluções Científicas*”, proposta por Thomas Kuhn¹¹⁷⁸.

Os desafios ou a crise que o Direito Internacional Geral atravessa quanto a sua interação e coesão normativa e jurisdicional na sociedade global, hipoteticamente, poder-se-ia classificar como uma crise de paradigma, no âmbito das estruturas das revoluções científicas.

Pois, a busca da solução de um problema e o fracasso em lograr uma saída é já um prelúdio de uma insegurança pronunciada, exigindo assim a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência jurídica então prevalecente¹¹⁷⁹.

De facto, uma das recomendações do estudo da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, de 2000, foi a reestruturação da actual Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados para atender as vicissitudes impostas pela evolução e desenvolvimento do Direito Internacional Geral.

A atitude dos positivistas e dos normativistas, nesta crise do Direito Internacional Geral, quando procuram encontrar a solução com base na ideia de Direito de então, ou

¹¹⁷⁷ Ibidem., p.12.

¹¹⁷⁸ KUHN, Thomas (1962) *a Estrutura das Revoluções Científicas*, Tradução: Beatriz Vianna Boeira et al, Editora Prespectiva.

¹¹⁷⁹ Ibidem., p. 95.

seja, quando estes não renunciam ao paradigma que os levou à crise, jamais vislumbram a saída ou solução do problema.

De acordo com a teoria das estruturas das revoluções científicas, a crise de um paradigma dentro da comunidade científica pode ser solucionada dentro de três maneiras: i) As vezes, a solução emerge dentro do próprio paradigma. Quando isso acontece, a crise fica diluída internamente; ii) Outras vezes, a solução almejada não surge nem dentro e nem fora do paradigma em referência. Esta situação leva ao adiamento; iii) Ou, no último caso, a crise pode termina com o surgimento de um novo paradigma, iniciando assim uma batalha para a sua aceitação¹¹⁸⁰.

O desafio ou a crise do Direito Internacional Geral observada a partir de um outro prisma, filosofia das ciências ou sociológico, pode ser interpretada como resultante de uma “*policontextualização*” do direito¹¹⁸¹. Esta *policontextualização* do direito resulta da crise dos paradigmas dentro do Direito Internacional geral que já não mais respondem a evolução da ordem social global.

Portanto, dentro desta complexidade evolutiva e de desenvolvimento do Direito Internacional Geral é preciso tomar consciência do facto de que a nova ordem jurídica global - o espaço jurídico global - diz não a antiga ordem jurídica geral – o Direito Internacional Geral. Se isso não acontecer, não se trata, evidentemente, de uma ordem jurídica global¹¹⁸².

O homem do século XXI, infelizmente, continua no domínio da lógica jurídica clássica e é a partir desta que ele pretende compreender o paradigma da nova realidade jurídica global. É preciso dar o salto e entrar na nova realidade globalizante, na lógica jurídica do pluralismo global.

O espaço jurídico-global não é uma pura efabulação teórica, desligado de tudo e de todos mas um espaço de real normativo, com densidade própria e específica, que se

¹¹⁸⁰ Ibidem., p. 114 e 115.

¹¹⁸¹ FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther, *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*, (2003 – 2004) 25 Michigan Journal of international Law, v. 25, p. 1014, in <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852885/regimecollisions.pdf>, acedido no dia 28.09.15.

¹¹⁸² BACHELARD, Gaston (1934) *A filosofia do não - A filosofia do novo espírito científico*, Tradução de Joaquim José Moura Ramos, 4ª edição, op. cit., p.10.

materializa dentro do espaço plural, multiforme e complexo, ou seja, “*policontextualizado*”.

Portanto, se os direitos e valores mais altos da dignidade humana não encontraram realização no Direito Internacional Geral e se a realização e a segurança dos sujeitos do Direito Internacional têm de passar pelo novo ideia e modelo de Direito Internacional - espaço jurídico global - o quadro de entendimento do Direito Internacional Geral deve ser tornado flexível e alargado.

Face a estas contradições, a cultura jurídica globalizante deve determinar modificações profundas no pensamento jurídico e social. O espaço jurídico internacional global deve ser construído em novos moldes. Se o espaço jurídico internacional global deve refletir o pluralismo policêntrico e multiforme do Direito Internacional ou se transita para o novo paradigma, ou continuamos no saudosismo clássico da ideia do Direito Internacional Geral onde a unidade, coerência e coesão jurídica constituem os dogma da doutrina clássica do Direito.

A ordem jurídica internacional global está aí fragmentada e em contradições e sobreposições normativas e jurisdicionais. Ou abrimos a mão aos velhos paradigmas e nos lançamos para os novos paradigmas ou continuamos a adiar a crise ou conflito instalado dentro do Direito Internacional geral.

O fenómeno da globalização e consequentemente o pluralismo é irreversível e este move-se como um cata-vento. Enquanto adiamos a crise gerada pela fragmentação, contradições e sobreposições normativa, a comunidade internacional enfrenta um novo desafio emergente dentro da sociedade global.

Os malefícios do fenómeno da globalização (terrorismo, meio ambiente) criam uma nova crise que não encontra enquadramento no sistema jurídico tradicional, imponto uma viragem e nova postura internacional para com o Direito Internacional Geral.

9.3. Os desafios da ideia de constitucionalização e a evolução do Direito Internacional Global

A globalização ditou uma nova ordem jurídica internacional que assenta em novos paradigmas dentro do pluralismo jurídico global. Os novos paradigmas emergem da crise vivida sobre a então ideia clássica do Direito Internacional Geral.

O pluralismo jurídico global movido pelo policentrismo fez emergir uma nova ordem jurídica global que pode ser caracterizada como não completamente aberta e nem completamente unitária¹¹⁸³. A ideia do Direito Internacional Geral caracterizada por um universo de “*inter-connected islands*” deu lugar a uma paisagem “*self-contained islands*”¹¹⁸⁴.

Como ficou demonstrado acima, o grande desafio imposto à comunidade científica de descobrir um modelo ou uma técnica jurídica para a interação e coesão das normas e jurisdições dentro da nova ordem jurídica internacional global caiu no fracasso, ou seja ficou adiado. Portanto, a crise sobre a ideia do Direito Internacional Geral cuja solução continua adiada, coloca a ideia da constitucionalização do Direito Internacional em letargia.

Os desafios das transformações operadas pela evolução do Direito Internacional e pela globalização hegemónica, desafiaram ou colocaram em crise às ideias unificadoras e consequentemente a constitucionalização do Direito Internacional. Este desafio contra os pressupostos do Direito clássico arrasta consigo as constituições nacionais que do ponto de vista doutrinal estavam muito bem alicerçadas.

A dificuldade vivida dentro da ordem jurídica internacional geral para a constitucionalização do Direito Internacional esteve sempre ligada à ideia e ao conceito da Constituição. Do latim, o conceito nominal de constituição, designa: *constitutio*, de *cun+estatuere* = estatuir conjuntamente, indicando organização, composição, acto de firmar, de estabelecer de construir.

¹¹⁸³ COMTOIS-DINEL, *Eve-Lyne*, *La fragmentation du droit international*, op. cit., p. 10.

¹¹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 12.

O conceito real da constituição desde a definição dada pelo Aristóteles, na sua obra a Política, como *“a ordem da vida em comum, naturalmente existente entre os homens de uma cidade ou de um território”*, passando pela estabelecida no artigo 16º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como *“... a sociedade em que não esteja assegurada a garantia de direitos individuais nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”* e desemboca naquela que é a mais reproduzida nos dicionários e manuais escolares, designando a *“constituição de um Estado como a Lei fundamental do Estado, contendo os princípios sobre os quais se fundamenta o governo, regulando as divisões dos poderes soberanos, ordenando as pessoas às quais cada um deles deve ser confiado e a maneira sobre qual deve ser exercida”*¹¹⁸⁵.

Para à análise da matéria ora em jogo poder-se-ia apoiar na definição mais comum da constituição como *“acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político”*¹¹⁸⁶.

A transposição da ideia e conceito clássico de constituição do Estado/nação para uma realidade distinta como a do Direito Internacional Geral jamais reuniria os requisitos para a sua legitimidade e legitimação.

Não obstante, com esta crise de paradigmas ditada pela nova ordem jurídica internacional global, a tendência da constitucionalização do Direito Internacional Geral ficou ofuscada.

O constrangimento em volta da constitucionalização do Direito Internacional esteve e continua a estar a ideia clássica da legitimação do poder constituinte, ou seja, o poder constituinte deve estar alicerçado na vontade do povo.

A soberania popular deve traduzir a vontade inalienável do povo de escolher seus governantes e a forma de ser governado. A forma mais transparente deste poder é através do poder democrático. Esta última componente ou forma de legitimação do poder tem sido um grande obstáculo, ou seja, um *“quebra-cabeças”* na designação de Thomas

¹¹⁸⁵ Definição do Charles Lund Black, Jr. Foi Professor Norte-Americano da [Columbia University Law School](http://www.columbia.edu/~lblack1/school/).

¹¹⁸⁶ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do Direito... op. cit., p. 446.

Kuhn¹¹⁸⁷. A recente experiência da União Europeia quanto ao fenómeno de integração regional serve de boa amostra quanto às dificuldades da constitucionalização.

Olhando para o passado histórico dos povos europeus, não se esperava que houvesse tanta reação e inconformismo no processo da harmonização quanto a legitimação do poder constituinte dentro da União.

No caso vertente, parte-se do pressuposto de que a questão da legitimidade e legitimação é coevo a própria União Europeia, desde a sua criação como organização de integração económica e comunitária.

O mote que ditou esta organização esteve desde o início assente nos povos europeus, isto é, nos indivíduos como cidadãos europeus. A criação da União Europeia foi ditada pela necessidade da salvaguarda e de garantias dos valores mais altos da dignidade humana – os direitos fundamentais.

A história das sociedades e Estados mostrou tão cedo a fragilidade dos sistemas clássicos fundados na soberania do Estado/nação.

Estes sistemas ou modelos não conseguiram produzir os valores almejados pela civilização e cidadãos no geral: a segurança, a justiça e o bem-estar social¹¹⁸⁸.

Sendo a sociedade uma realidade evolutiva, os Estados europeus evoluíram e transformaram-se numa comunidade de integração supranacional. Todavia, é com esta nova forma de organização supranacional, que passa pela transferência da soberania dos seus Estados-membros, que os Cidadãos europeus vem fazendo ressurgir os medos da perda da soberania para um regime distante de si e menos democrático - uma autêntica visão clássica de cidadania.

Por outro lado, a União Europeia vem sendo acusada de exercer os limites da sua competência¹¹⁸⁹. Estas reivindicações e críticas ditaram, tão cedo, em 1979, que os parlamentares europeus passassem a ser eleitos diretamente pelos povos europeus.

¹¹⁸⁷ KUHN, Thomas (1962) *a Estrutura das Revoluções Científicas...* op. cit., p. 57.

¹¹⁸⁸ Peter Badura foi contundente ao afirmar que o princípio motor e a legitimidade da União resultam do facto de o Estado, pela mera mobilização dos seus recursos vitais, ser incapaz de salvaguardar e garantir a liberdade, justiça, o bem-estar, devido ao desenvolvimento económico e político na Europa e as relações globais. Vide, BANDURA, Peter (2004) *A identidade nacional dos Estados membros na constituição da Europa – Uma Constituição para a Europa*, Almedina, p.74.

Não obstante, com adoção do Tratado de Maastricht que impulsionou a vertente integradora global, o cidadão começou a sentir o fenómeno integracionista afetando o concreto das suas vidas.

Este fenómeno fez crescer a inquietação nos Cidadãos que culminou com a seguinte euforia: *com que mandato ou legitimidade?* Por outro lado, o Tratado de Amesterdão veio conferir mais poderes de co-decisão no processo legislativo. Esta realidade foi interpretada como um sinal claro do reforço da hegemonia do Conselho com o detrimento do Parlamento (órgão garante da democraticidade e representatividade dos povos e cidadãos).

Portanto, de acordo com a ideia da democracia clássica só podemos falar do poder da legitimação democrática do exercício do poder quando a entidade e a autoridade política exercida deriva da soberania do povo e exercido dentro de um princípio democrático.

Quanto a esta componente, o conceito ou a ideia de legitimidade e de democracia sofreu nos tempos alguma evolução interpretativa.

A ciência jurídica conta com vários modelos de democracia desde a representativa, a semidirecta e a participativa. Todavia, a essência do conceito ou a ideia do princípio democrático não alterou, continua a estar relacionado com o povo, ou seja com a vontade do povo.

A evolução e o desenvolvimento do Direito Internacional Geral, na sua componente de expansão e diversificação das ordens jurídicas internacionais, têm ditado novos contornos ou aproximações quanto ao conceito de democracia.

Constata-se que alguns actores ou sujeitos de Direito Internacional têm privilegiado as ideias de *accountability*, transparência e *human rights achievements* como princípios para aferir a legitimidade em substituição do poder democrático do Direito

¹¹⁸⁹ MARTINS, Patrícia Fragoso (2006) Princípios do primado do Direito Comunitário – Sobre as normas Constitucionais dos Estados-membros – Dos Tratados aos projectos de Constituição Europeia, Princípi, p. 58.

clássico, distante do poder constituinte das suas ordens jurídicas internacionais globais¹¹⁹⁰.

Esta nova abordagem ou o contorno do exercício do poder democrático com a introdução destas novas ideias acima preencheria o requisito material da fundamentação do poder político?

De acordo com a ideia do Direito clássico sobre o poder político diríamos que não. Mesmo se o Direito Internacional fosse somente o Direito dos Estados membros não satisfaria este requisito, como ficou claro aquando da criação da Carta das Nações Unidas, onde alguns pensadores quiseram juntar a esta as obrigações *erga omnes* e as regras imperativas (*jus cogens*), como as premissas da constitucionalização do Direito Internacional.

Não se pode equiparar ou transpor as especificidades da estrutura normativa de um Estado e encaixá-las na estrutura da Organização das Nações Unidas.

A estrutura normativa vertical e hierárquica que alicerça os Estado, (Constituição, Legislação primária e Legislação secundária), mesmo que se pretenda equipará-la com a hipotética estrutura das normas do Direito Internacional (Costume, Tratados e Princípios Gerais de Direito), não se enquadra. Pois, constata-se que dentro da estrutura normativa internacional, por exemplo, “*as regras secundárias como a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é considerada ao mesmo nível normativo com as normas primárias por ela reguladas*”¹¹⁹¹.

Não obstante, de acordo com o Direito Internacional, os Estados não são obrigados a honrar as obrigações de um Tratado internacional deste que não esteja vinculado. Portanto, mesmo na tentativa de aproximar a representatividade do povo com base no Estado, esta ideia talvez fosse exequível nas organizações cujos sujeitos são os Estados.

Na verdade, o Direito Internacional Geral não é só o Direito criado pelos Estados, aplicável e oponível a si, na condição de sujeitos do mesmo Direito.

¹¹⁹⁰ VARELA, Marcelo, Central aspects of the debate on the complexity of international law, in http://www.marcelodvarella.org/uploads/3/5/5/2/3552500/varella_1.pdf, acedido no dia 25.09.15

¹¹⁹¹ COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne, *La fragmentation du droit international*, op. cit., p. 8.

A evolução do Direito Internacional multiplicou os sujeitos e os actores do Direito Internacional, assim como fez emergir muitas outras organizações internacionais, quer governamentais, quer não-governamentais e tantas outras privadas e autónomas. A ONU quanto a sua constituição, estrutura orgânica e funcional não difere das outras organizações internacionais.

As ordens jurídicas internacionais na sua vertente, “*self-contained regimes*”, através dos fluxos ou das redes normativas, acabam por impor as suas regras às diversas esferas da vida dos cidadãos de uma forma directa ou indirecta. Estas regras por imposição das políticas neoliberais da economia do mercado passam a vigorar oficialmente nas ordens jurídicas nacionais, sobre as quais os cidadãos não tiveram a oportunidade de pronunciar-se sobre elas.

Este fenómeno emergente imposto pela globalização hegemónica dita que, hoje, dentro da sociedade global, as Constituições nacionais tenham pouco ou quase nada de nacional, senão incorporações das normas e regras emanadas de instâncias de produção jurídica internacionais e globais¹¹⁹². É dentro desta ideia de constitucionalização que, por exemplo, uma das Constituições mais recente da sociedade contemporânea, a da República da África do Sul tenha estabelecido que o tribunal deve interpretar o Direito nacional de acordo ou em consistência com o Direito Internacional¹¹⁹³.

Portanto, confrontados com a realidade vivida hoje na sociedade global é fácil de observar e concluir que não existe uma democracia na ordem jurídica internacional global.

Existe, sim, um fosso muito grande entre os produtores das normas jurídicas e os sujeitos do Direito Internacional. Os Estados e os seus cidadãos estão excluídos do processo de criação de normas na arena internacional.

O poder constituinte na sociedade global está divorciado da vontade do povo. O mais contrastante neste fenómeno internacional é o facto de o povo como sujeito do

¹¹⁹² CASTANHEIRA, Fernando Henrique, Fragmentação do Direito Internacional e Law Making... op. cit., p. 65.

¹¹⁹³ Cfr., alíneas b) e c) of section n.º 39 of Constitution of the Republic of South Africa, n.º 108 of 1996, 18 December 1996.

Direito Internacional não delegou o seu poder às ordens transnacionais ou às Networks para fazerem por ele.

O povo não transferiu a sua soberania e nem o exercício dela. Todavia, o Estado e o próprio povo vivem conformados e anestesiados pelo poder da globalização hegemónica das políticas neoliberais da economia do mercado.

A nova ordem jurídica internacional global está assente em novos paradigmas. A ideia da constitucionalização não se enquadra nestes novos paradigmas. Ela não foi exequível e nem seria funcional dentro dos velhos paradigmas do Direito Internacional geral, como não é necessária nesta nova ordem jurídica internacional global.

A ideia do Direito Internacional protagonizada pelos positivistas e normativistas dentro dos paradigmas do Direito clássico já não responde a nova realidade pluralista e multicêntrica. A constitucionalização teria a sua razão de ser na perspectiva positivista e normativista de hierarquia, interação e coesão do Direito Internacional Geral. Vive-se hoje uma nova realidade e um novo paradigma.

A nova ordem jurídica internacional global ditou um novo direito diferente do direito internacional – um direito transnacional global. Um Direito transterritorial produzido não por órgãos ou instituições jurídicas internacionais, mas por actores ou redes de autores invisíveis encaixados nos processos sócio-económicos globais¹¹⁹⁴.

Nesta nova ideia ou lógica do Direito, os conflitos não desaparecem. Eles continuam, mas não entre ordens ou sistemas jurídicos e muito menos entre os sujeitos do Direito Transnacional global mas entre redes ou intersistêmicos¹¹⁹⁵

¹¹⁹⁴ VARELA, Marcelo Dias (2013) Internacionalização do Direito... op. cit., p. 440.

¹¹⁹⁵ Ibidem., p. 443.

9.4. A ideia de um quadro jurídico de *acoplamentos estruturais e operativos* entre o Direito Internacional e o Direito Interno

O grande desafio da nova ordem jurídica global é a construção de um Direito global fundado na semântica do pluralismo policêntrico onde cada centro aspira a sua universalização através da sua racionalidade¹¹⁹⁶.

Esta nova ordem jurídica internacional constrói-se sobre a soberania dos Estados e sem o conhecimento dos próprios cidadãos.

No caso concreto, dada as implicações directas e indirectas de normas emanadas de instâncias de produção jurídica internacionais e globais que entram directamente e que afectam diversas esferas das suas vidas, questiona-se sobre a autonomia ou a auto-determinação legislativa dos povos dentro deste processo.

Este problema não é novo dentro do constitucionalismo e democracia. Várias sugestões ou soluções foram avançadas, podendo-se destacar as soluções propostas por Herbert Hart, através do seu realismo - “*rules of recognition*”, as normas de reconhecimentos - e por Jurgen Habermas, - “*diálogo universal*” e “Estado democrático”.

Apesar destas soluções apresentadas para o problema, o constitucionalismo continua a ser objecto de várias críticas. Como solução do problema, os juristas apontam para uma interação ou arranjo – flexibilização – entre a democracia e o constitucionalismo.

O Direito moderno caracteriza-se pela facticidade da imposição coerciva das suas leis e legitima-se através da força das suas instituições e da eficácia das suas normas.

Nos países periféricos, por exemplo Moçambique, esta facticidade é complexa devido a pluralidade de normas e dos espaços jurídicos, onde a eficácia da norma não só depende da coacção e da legalidade mas sim de comportamentos éticos e morais vinculativos. Esta realidade põe em causa a democracia e o Estado de Direito Democrático pela ausência da unidade jurídica ou convergência sobre as questões de

¹¹⁹⁶ COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne, *La fragmentation du droit international*, op. cit., p. 18.

fundo que permitiriam o consenso para a criação ou adopção de uma Constituição democrática¹¹⁹⁷.

As normas internacionais oriundas das novas configurações normativas (Direito flexível ou programáticas) impostas directamente ou indirectamente aos Estados e cidadãos agem como fenómenos bloqueantes e destrutivos dentro das ordens jurídicas internas, por criarem uma relação de oposição e contra a soberania popular – democracia.

Estas normas, como vimos supra, são impostas não só como estratégias, garantias ou viabilizadoras de fluxos, para o sucesso do processo de globalização e do desenvolvimento económico, mas também, as vezes, para fins pouco claros e dentro de interesses económicos difusos¹¹⁹⁸.

Por exemplo, as normas internacionais de ajuda humanitária visam, na sua essência, garantir o usufruto dos direitos fundamentais aos cidadãos nos Estados em desenvolvimento.

Portanto, a imposição de uma norma, ou seja, a violação de um direito fundamental, mesmo que seja para a potenciação ou promoção do mesmo direito fundamental tornar-se-ia imoral. As normas internacionais de ajuda humanitária e de desenvolvimento impostas aos Estados ajudados como requisitos e condição prévia para a elegibilidade da ajuda, agem como pressupostos infra-estruturais que bloqueiam ou destroem a soberania e a auto-determinação legislativa dos cidadãos.

As normas internacionais emanadas de instâncias de produção jurídica internacionais ou gerais impostas directas ou indirectamente aos cidadãos retiram dos cidadãos ou dos Estados o poder e a autonomia legiferante.

Face a estas constatações sobre a forma como o Direito dos países periféricos está sendo edificado fora das regras de reconhecimento pelo seu utente – os cidadãos – urge

¹¹⁹⁷ FUNGHI, Luís Henrique Baeta, Constituição e Democracia: um exercício de patriotismo constitucional, in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, V. 77 – n.º 4 – ano XXVIII, Dezembro de 2010, p. 115.

¹¹⁹⁸ Por exemplo, tem havido críticas constantes contra a acção ou normas das Sociedades Transnacionais nos países periféricos. Por um lado elas criam capital, emprego e difundem tecnologias favoráveis ao desenvolvimento. Por outro lado, quando o retorno do capital para as empresas-mãe são elevadas criam o desequilíbrio da balança de pagamento e impõem modelos de produção e de consumo estrangeiros, incompatíveis com a cultura e utilizam o seu poder para exercerem influências junto dos governos.

encontrar um mecanismo jurídico coordenado de *acoplamento estrutural e operativo* que vai ao encontro desta nova racionalidade pluralista policêntrica do Direito na sociedade global. Um mecanismo que possa atender o dinamismo hegemónico da globalização mas que respeite os valores constitucionais inalienáveis e imprescritíveis à protecção dos bens jurídicos nacionais e supranacionais.

O pressuposto básico a ter em conta nesta sugestão sobre os mecanismos jurídicos coordenados para a interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno é o facto de a sociedade global, infelizmente, estar constituída por dois polos aglutinadores complexos e conflituantes.

O primeiro polo é caracterizado pelo seu poder aglutinador e funda-se numa moral material globalizante - países economicamente sustentáveis.

O segundo polo é caracterizado pelo seu poder desagregador e funda-se num moralismo hierárquico tradicional - países sistemicamente desgovernáveis e economicamente não sustentáveis.

O mecanismo jurídico coordenado de *acoplamento estrutural e operativo* não implica necessariamente romper com a moral material globalizante e nem com o moralismo hierárquico tradicional.

A plataforma desta estrutura de acoplamento operante deve assentar nestes dois polos, pois a ausência de um deles não comporia uma plataforma, pelo contrário seria a projecção de um polo só.

As normas internacionais emanadas das instâncias de produção jurídica internacionais e globais, quer visem a produção da globalização, quer se relacionem com a ajuda humanitária e de desenvolvimento devem estabelecer esta conexão dialéctica e comunicativa. Esta conexão dialéctica e comunicativa deve evitar a unificação porque exclui a diferença, a hibridação por ser uma unificação através de um processo misto e muito menos a integração porque unilateraliza os espaços.

Quando os agentes transnacionais e as networks, assim como os parceiros de cooperação e os doadores impõem aos cidadãos e Estados normas internacionais como condição ou requisito à operacionalização dos fluxos ou a elegibilidade da ajuda

financeira, unilateralizam os espaços e agem positivamente com o intuito de superar o moralismo hierárquico tradicional.

Estes ignoram o princípio básico da polarização e pretendem lograr o acoplamento operativo sem estrutura, ou seja, pretendem fazer o acoplamento através da superação das estruturas pré-convencionais e convencional para uma moral pós-convencional¹¹⁹⁹.

Todavia, a racionalidade é outra, pois o espaço jurídico periférico constrói-se negativamente como desagregação da consciência moral convencional, excluindo o processo de unificação, hibridação e integração.

Portanto, o mecanismo jurídico coordenado de *acoplamento estrutural e operativo* que se pretende para o efeito, deve permitir uma generalização dialéctica, ou seja, uma generalização positiva e negativa que acolhe aquilo que nega.

A racionalidade dos agentes transnacionais e das *networks*, assim como das instituições internacionais de ajuda humanitária e de desenvolvimento e dos parceiros de cooperação e os doadores quando impõem as normas internacionais de fluxos e de ajuda humanitária coactam a racionalidade e a vontade dos Estados ajudados, ou seja, agem destrutivamente.

Portanto, a estrutura de acoplamento operativo entre o Direito Internacional e o Direito Interno deve promover a autonomia privada (o Direito Internacional) ao mesmo tempo que reajusta a autonomia pública (o Direito Interno). Para o efeito, Habermas sustenta que “*a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania pulular, nem essa sobre aquela*”¹²⁰⁰.

A imposição das normas internacionais aos cidadãos e aos Estados, nos moldes actuais dos países periféricos, pode ser interpretada como um jogo de forças desiguais que operam na transformação da estrutura normativa dos Direitos Internos ou um jogo de

¹¹⁹⁹ NEVES, Marcelo (2010) Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O problema da falta de identidade das esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina, p.2. in <http://direitofpr2.blogspot.com/2010/05/direito-e-sociedade-texto-do-pluralismo.html>

¹²⁰⁰ HABERMAS, Jurgén (2002) Sobre a coesão interna entre o Estado de Direito e democracia, in A inclusão do outro, Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, p. 293.

interesses particulares que visam bloquear a estrutura do acoplamento operativo coordenado na edificação do Direito democrático nos países periféricos.

A estrutura do acoplamento operativo coordenado que se pretende na construção de um Direito democrático nos países periféricos deve evitar a fusão dos dois polos para escapar o poderio e imposição dos mais fortes e, nem de uma total abertura para evitar a desordem dos espaços periférico plurais.

O modelo ou o mecanismo coordenado da estrutura do acoplamento operativo que se pretende entre o Direito Internacional e o Direito Interno pode ser ilustrado, através de um exemplo corrente dentro das ciências de engenharia civil.

Actualmente, a Engenharia Civil dispõe de técnicas de construção de pontes em betão, aço e madeira que garantem a segurança daquelas obras, resistindo às diversas acções, nomeadamente o seu peso próprio e as acções variáveis resultantes do peso do material circulante na ponte, vento, sismos e temperatura.

Estas acções, geralmente, resultam em valores de carga diferentes nos diversos elementos da ponte (tabuleiro, pilar e fundações). Em muitos casos não existe uma ligação monolítica entre os pilares e o tabuleiro, apesar da sua interação no funcionamento global da ponte. Aqueles elementos apresentam uma flexibilidade e resistência diferenciada e independência no comportamento, mas interagem para garantir a resistência global da ponte.

Portanto, a estrutura do acoplamento operativo coordenado que se pretende na relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno devia ser erguida, por analogia, a estas novas técnicas da ciência da engenharia civil.

Esta exigência técnico-funcional para a construção de pontes em betão, aço e madeira que garantem a segurança daquelas obras, dentro das ciências de engenharia, por analogia, transposta para o modelo de coordenação da estrutura de acoplamento operativo entre o Direito Internacional e o Direito Interno, julgamos que iria responder à diversidade contraditória de expectativas e interesses entre os dois espaços jurídicos dentro da nova ordem jurídica global.

Conclusões

O estudo em torno do *“Direito Internacional e a Constituição de Moçambique: encontros e desencontros à luz do Pluralismo Jurídico Global”* procurou apurar não só o Direito Internacional na Constituição de Moçambique, bem como aferir o grau e a intensidade dos encontros e desencontros entre estes dois Direitos.

O desenvolvimento do Direito Internacional Geral e a emergência da Nova Ordem Jurídica Internacional Global estabeleceu novas formas de relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

A fragmentação do Direito Internacional ditada pela necessidade conjuntural e pela técnica-jurídica quanto à sua funcionalidade especializou-se, tendo criado vários ramos e regimes jurídicos autónomos, a multiplicação dos órgãos de resolução de conflitos e uma nova configuração de normas jurídicas.

A emergência de vários regimes jurídicos e de novos agentes internacionais, na produção normativa, revolucionou a forma tradicional de relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Com a entrada em acção dos novos regimes jurídicos internacionais, o relacionamento com o Direito Interno descentralizou-se, criando assim um policentrismo, onde cada regime procura chamar a si a centralidade.

Este fenómeno tem gerado conflitos dentro do Direito Interno e entre os vários regimes jurídicos. Constatou-se que cada regime jurídico possui as suas regras específicas de internacionalização do Direito.

O Direito Interno face a esta diversidade passa a lidar com várias regras distintas e às vezes contraditórias. Vezes há que a mesma matéria fica sujeita a mais de uma internacionalização por regimes jurídicos diferentes e através de regras distintas para o efeito.

Esta complexidade e diversidade normativa, por exemplo, como pudemos ver ao longo do estudo, fez com que o legislador constitucional moçambicano colocasse as normas do Direito Internacional ao nível dos actos normativos infraconstitucionais

emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção.

O legislador constitucional moçambicano perante esta diversidade e complexidade primou por respeitar o princípio da juridicidade e da constitucionalidade empiricamente sem olhar para a lógica e a evolução do Direito no contexto da nova ordem jurídica internacional.

A hegemonia do Direito Internacional Global passou a comandar as duas extremidades ou as duas fontes clássicas de produção normativa, quer a do Direito Internacional, quer a do Direito Interno.

O Direito Internacional Global impõe a sua supremacia nas duas extremidades originárias e sanciona o seu não respeito. Entre as duas fontes parece-nos não haver espaço para os Estados assegurar as suas ordens jurídicas, quanto à ideia do Direito e à escolha da modalidade de relacionamento com o Direito Internacional Global.

A posição tomada pelo legislador constitucional moçambicano parece-nos ter sido movida não só pelo princípio de juridicidade normativa, onde a perfeição reside no rigor e coerência de um sistema jurídico com uma estrutura organizada, hierarquizada e com os mecanismos de aferição da sua conformidade ou não com a sua constituição.

Esta posição do legislador ao sujeitar todas as normas à Constituição pareceu-nos ter sido impulsionada pela exigência de uma coerência mínima necessária do ordenamento jurídico moçambicano para fazer prevalecer um conjunto de regras e princípios do interesse vital do Estado e que pretendia ver protegidos.

Um destes interesses vital ou conquistas que o Estados pretende proteger está relacionado com a manutenção da sua independência total e completa, livre do jugo colonial e do neocolonialismo.

Por outro lado, prende-se com a relutância comum dos povos africanos colonizados em relação ao Direito Internacional, conotado como um Direito estrangeiro ou seja com o Direito Colonial que ao longo dos séculos simbolizou o instrumento da sua servidão.

A proliferação de vários regimes e agentes na internacionalização do Direito tem fragilizado as políticas e as medidas de protecção e de produção normativa nos Estados periféricos por causa da sobreposição e complexidade do fenómeno.

Por outro lado, assiste-se nesta nova ordem jurídica global, infelizmente, o fenómeno da hegemonia legislativa internacional protagonizada pelas grandes potências face aos imperativos da globalização.

Este fenómeno insólito, vivido na sociedade global, têm traduzido em práticas anti-constitucionais e anti-democráticas na criação e internacionalização no Direito nos países periféricos.

Na verdade, a atitude protagonizada pelas ordens jurídicas das grandes potências que impõem às ordens jurídicas periféricas normas de agir e comportar-se dentro de determinados padrões e princípios reconhecidos como valores universais, não obstante à sua própria acção nas mesmas circunstâncias ser contrária a estes mesmos princípios, acabam por actuar destrutivamente contra as ordens jurídicas dos países periféricos.

Portanto, esta atitude hegemónica permite que cada espaço deixe de se outorgar a si mesmo o poder de regular as suas relações internacionais, abrindo mão à força esmagadora da globalização e das grandes potências mundiais.

A nova ordem jurídica internacional global, ao des-espacializar os espaços, ao multiplicar os agentes e os regimes jurídicos internacionais e globais acaba por neo-colonizar o Direito Interno e o Internacional, pois numa sociedade globalizada só prevalece a norma ou o Direito capaz de galvanizar os cidadãos e os seus interesses.

O desenvolvimento do Direito Internacional e a nova ordem jurídica internacional tornou os limites entre o Direito Internacional e os Direitos Internos vulneráveis ou quase inexistentes.

Por exemplo, a partir deste estudo da relação entre o Direito Internacional e a Constituição de Moçambique, constatou-se, por um lado que o tratamento do Direito Internacional e das Relações Internacionais na Constituição de Moçambique estão bem detalhados e reflectem a nova dinâmica das constituições modernas quanto aos pressupostos para a inserção e internacionalização do Direito.

Por outro lado, as fontes do Direito Internacional são incorporadas no Direito Interno de acordo com os mecanismos estabelecidos na Constituição e que são na essência os mesmos previstos nas Constituições dos outros sujeitos do Direito Internacional.

Não obstante, como se pode constatar, grande parte ou quase na totalidade das normas do Direito Internacional, quer na Primeira, quer na Segunda República tiveram como fonte directa ou indirecta às políticas de solidariedade e as normas internacionais de ajuda humanitária e de desenvolvimento.

E, no âmbito de desenvolvimento e globalização, constatou-se que dentro da componente económica ou seja do Direito internacional Económico, as normas internacionais produzidas pelos agentes transnacionais e *networks*, de uma forma directa ou indirecta internacionalizam o Direito Interno, sem limitações de qualquer natureza, movidas pela força e abertura hegemónica da globalização.

Os encontros e desencontros entre o Direito Internacional e o Direito Moçambicano ficaram marcados e condicionados pelo período de viragem do Direito Internacional Geral e pela emergência da nova ordem jurídica internacional global.

Um período revolucionado pela multiplicação de Tratados, Costumes, actos unilaterais, novos regimes jurídicos autónomos, novas configurações normativas, multiplicação de órgãos de resolução de conflitos.

Esta transformação operada no Direito Internacional Geral acabou por influenciar positiva e negativamente a relação entre os dois Direitos.

O que se pode constatar é o facto de o Direito Internacional ter exercido uma influência positiva na internacionalização do Direito Moçambicano.

Mormente, por causa desta influência, o Direito Moçambicano conta hoje com grande parte da sua legislação interna internacionalizada, principalmente nas áreas que compreendem os Direitos: Comercial, Bancário, Ambiente, Finanças, Regulação e Concorrência, Propriedade Intelectual, Trabalho, Penal, Terrorismo, Branqueamento de Capitais, Direitos Humanos e Humanitário.

Os encontros e os desencontros entre o Direito Internacional e o Direito Interno foram caracterizados pelo pluralismo jurídico policêntrico, quer intra-estadual, quer internacional global.

A sociedade moçambicana é por natureza complexa, plural e multicultural. Coexistem na sociedade moçambicana várias ordens jurídicas tradicionais e autónomas, como ficou descrito aguando do pluralismo jurídico em contextos coloniais e pós-coloniais.

As proezas aqui registadas quanto à internacionalização do Direito Moçambicano circunscrevem-se dentro do Direito oficial, ou seja, estadual.

Na verdade, o Direito internacionalizado não é o que regula o quotidiano da vida da grande maioria dos cidadãos moçambicanos.

Todavia, estas ordens jurídicas dentro da sociedade moçambicana, no âmbito da globalização, vão necessariamente, directa ou indirectamente, ter que coexistir com o Direito Internacional Global.

Quais são as estratégias ou modelos que devem ser criadas para a internacionalização destas ordens jurídicas? O encontro destas com o Direito Internacional será mesmo necessário? A sua acção não será nefasta e destrutiva?

Na verdade, como pudemos ver, a experiência do encontro colonial com estas ordens jurídicas fracassou, tendo resultado na política de *indirect rules*.

A história revelou que mesmo a política e o governo indirecto – *indirect rules* – romantizado na literatura colonial britânica, como o respeito pelas tradições e costumes das sociedades tradicionais, nunca na verdade foi aplicada na íntegra em nenhuma colónia africana¹²⁰¹.

Na verdade, o sistema de *indirect rules* foi uma estratégia coerciva e manipuladora que as potências coloniais usavam para poder legitimar-se junto às populações e aos sistemas políticos tradicionais africanos.

¹²⁰¹ FLORENCIO, Fernando, Autoridades Tradicionais e o Pluralismo Jurídico: Análise Comparada de dois Estudos de Caso em Moçambique e Angola, in KYED, Helena Maria, COELHO, J.P. B., et al, (org), 2012, A dinâmica do pluralismo jurídico em Moçambique, op. cit., p.94.

As autoridades políticas africanas foram usadas como alicerces inferiores do sistema administrativo colonial, face a ausência de recursos humanos e económicos para a administração dos territórios.

Por outro lado, a experiência da internacionalização do Direito Moçambicano impulsionada pelas políticas neoliberais da economia do mercado que ditou à adopção de uma Constituição que instaurou o Estado de Direito Democrático e o pluralismo, abriu espaço para a internacionalização do pluralismo jurídico.

Esta internacionalização do pluralismo jurídico, a semelhança do Direito Interno, ao abrigo da globalização hegemónica, passa necessariamente por acolher um novo pluralismo jurídico que tem como fonte o Direito Internacional Global.

A internacionalização do pluralismo jurídico ditada pelo Direito Transnacional tem sido hoje criticada por se entender que este transporta consigo traços de neocolonialismo e do neoliberalismo.

A experiência legislativa moçambicana desde a viragem do país para o Estado de Direito Democrático, mostra uma tendência anacrónica às ideias de um pluralismo de *indirect rule*, que leva a desregulação global da vida dos cidadãos e das comunidades tradicionais juridicamente autónomas.

De facto, a realidade actual e a tendência evolutiva do pluralismo jurídico em Moçambique vislumbram um retorno ao sistema colonial do governo indirecto ou seja um neo-governo indirecto, por falta de uma articulação e um enquadramento efectivo das ordens jurídicas dentro do poder judicial.

Esta realidade tem sido descrita como potenciadora de um bipolarismo jurídico e judicial excludente e um encapsulamento de um grupo populacional, por sinal a maioria, que é remetendo ao sistema jurídico informal, tido como o Direito e a justiça de 2ª classe.

O reconhecimento pelo Estado, nos últimos tempos, das autoridades tradicionais, das confissões religiosas, das ONGs e dos vários actores da sociedade civil em prol da justiça, faz parte de um conjunto de reformas e estratégias para fazer face ao problema da ineficiência e da inacessibilidade dos tribunais judiciais.

O pluralismo jurídico, quer nacional, quer internacional ou global que não respeita os princípios universais e de igualdade, o direito das minorias, o direito à diferença, à autonomia e a tolerância desemboca em conflitos desestabilizadoras da sociedade e da unidade nacional.

O Estado moçambicano reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos. Este reconhecimento cai na dicotomia entre ordens jurídicas estatais e não estatais.

Por exemplo, a ordem jurídica moçambicana está hoje envolvida nos processos de globalização e transnacionalismo.

Este processo mobiliza e movimenta vários intervenientes no âmbito do fluxo ou migração económica, tais como as organizações transnacionais, executivos empresariais, as ONGs, os emigrantes laborais e outros.

Estes novos intervenientes exercem no dia-a-dia uma actividade jurídico-económica intensa que acaba por contribuir e influenciar na regulamentação jurídica formal.

A Estado moçambicano ao excluir nesta dicotomia as ordens jurídicas internacionais, transnacionais e outros intervenientes, dificilmente pode capturar a complexidade jurídica dentro do ordenamento jurídico moçambicano.

O Estado de Direito Democrático introduzido pela Constituição de Moçambique de 1990, que se pretenda alicerçada no pluralismo, deve partir das interligações e sobreposições entre os diferentes provedores de normas e jurisdições para o seu desenvolvimento e consolidação.

Nos últimos tempos, os encontros e desencontros entre o Direito Internacional e o Direito Interno têm sido galvanizados através do processo de integração regional dentro da SADC e da União Africana.

Este modelo de encontros, pode ser descrito como o que mais aproxima as diferenças, se nos guiarmos pela experiência modelo da União Europeia, visto partir da iniciativa dos Estados e o seu processo de internacionalização ocorrer através de mecanismos voluntários.

O processo de integração implica o estabelecimento de um espaço seguro juridicamente e judicialmente. Esta dimensão jurídica de integração visa aproximar as heterogeneidades dos sistemas jurídicos e a prevenção dos *dumping* social ou ecológico¹²⁰².

O estabelecimento desta segurança jurídica e judicial requer estratégias económicas, políticas, regras de ética e principalmente à harmonização legislativa. Na essência, passa por estabelecimento de instâncias judiciais supranacionais e nacionais credíveis, eficientes e livres da incompetência, corrupção, pressões políticas e tráfico de influências.

Moçambique é membro fundador de uma organização de integração regional – SADC. O processo da sua integração contribuirá grandemente para a internacionalização do seu Direito Interno.

Todavia, a concretização destes encontros com o Direito Internacional através da SADC estão refém aos constrangimentos que este processo de integração está a ultrapassar nos últimos tempos.

Com base nas lições tiradas da experiência da União Europeia, a harmonização legislativa foi e continua a ser um dos principais pilares e catalisadora do processo de integração comunitária.

Curiosamente, quanto ao processo da SADC constata-se que o Plano Estratégico Indicativo de Desenvolvimento Regional (RISDP)¹²⁰³ que define os sectores prioritários de intervenção e os objectivos a atingir até 2019, na região, infelizmente, não inclui a harmonização legislativa.

Não obstante, embora a SADC esteja fundada a partir de elementos constitutivos consistentes, ainda não possui instrumentos jurídicos necessários para garantir o seu próprio processo de integração.

¹²⁰² CISCTAC, Gilles (2012) Aspectos Jurídicos da Integração Regional, Escolar Editora, Maputo, p.290.

¹²⁰³ Vide, RISDP in http://www.sade.int/key_documents/risdp/infex.php. Acedido no dia 14.12.2014.

A SADC precisa de disposições em matéria de aproximação das legislações. Os únicos instrumentos disponíveis são os protocolos que visam coordenar as acções dos Estados membros num determinado domínio.

Os Protocolos não são instrumentos de harmonização e uniformização legislativa, mas sim de cooperação. O cumprimento e a efetivação das normas dos Protocolos dependem da boa vontade dos Estados.

A ausência de instrumentos adequados para lidar com o processo de integração na SADC, tem provocado constrangimentos ou crises institucionais que põem em causa o seu próprio funcionamento e sustentabilidade.

De acordo com o resultado do estudo feito na região sobre o Protocolo Revisto de Águas da SADC aponta para o fraco nível de harmonização das legislações sobre águas. Gildo Manuel Espada identificou duas principais razões, para o efeito que são: à falta de fiscalização e execução do Protocolo e à fraca transposição das normas para os ordenamentos jurídicos internos. Esta realidade *“abre a possibilidade de desinteligência e ocorrência de conflitos na região”*¹²⁰⁴.

Curiosamente, esta inércia instalada na SADC ganhou ao longo do tempo uma proporção desalegre, quando alguns Estados membros não se dignam respeitar os Protocolos por eles próprios ratificados e não tomam nenhuma acção interna para cumprir com as obrigações assumidas.

Por exemplo, uma das situações constrangedora está relacionada com os direitos humanos e o Estado de Direito Democrático. De acordo com a alínea c) do artigo 4º do Tratado da SADC, este dispõe que os Estados membros devem agir em conformidade com estes princípios. Todavia, as acções de alguns Estados membros têm sido contrárias. As denúncias sobre a violação dos direitos humanos e os princípios gerais da democracia têm sido abundantes.

¹²⁰⁴ ESPADA, Gildo Manuel (2014) A Autonomia Dogmática do Direito de Águas, Tese de Doutoramento em Direito Público, FDUNL e ISCTEM, Lisboa e Maputo, p. 536

A SADC viveu casos recorrentes de recusa dos Tribunais nacionais de aplicar as decisões do Tribunal da SADC¹²⁰⁵. Todavia, o Tratado e Protocolo sobre o Tribunal dispõem que os Estados membros devem conformar-se às decisões do Tribunal da SADC que tem, por si, um carácter obrigatório¹²⁰⁶.

Estas violações recorrentes por parte dos Estados membros e a incapacidade do Secretariado da SADC, ao abrigo do artigo 17º do Protocolo sobre o Tribunal da SADC, em fazer cumprir as normas comunitárias da SADC, levou à suspensão das actividades do Tribunal da SADC.

A solução encontrada pela SADC, perante à crise, que culminou com a suspensão das actividades do Tribunal da SADC, não parece-nos ser a mais correcta. O processo de integração, para o seu funcionamento, exige a adequação e o reconhecimento mútuo entre as partes. De acordo com a nossa perspectiva, no lugar de suspender as actividades do Tribunal da SADC, a parte que não cumpra com as suas obrigações para com a outra, devia dispensar-se ou seja retirar-se da Organização.

De acordo com esta realidade, quando a soberania de alguns Estados membros se coloca acima do Tratado da SADC, o processo de integração que poderia impulsionar a internacionalização dos Direitos Internos dos seus Estados membros fica uma vez mais adiado.

Portanto, neste estágio, a protecção dos Direitos Humanos e o respeito pelo Estado de Direito nos Estados membros da SADC está comprometido.

Não obstante, apesar do egoísmo e do culto à soberania por parte de alguns Estados membros da SADC que tem travado o processo de integração, o caminho para estes Estados saírem do círculo vicioso do sub-desenvolvimento é só um: a integração regional.

¹²⁰⁵ Vide os casos: *Gramara (Private) Limited and Colin Bailie Cloest vs Government of Republic of Zimbabwe and Attorney-General of Zimbabwe* and *Noramn Kapanga* – 24/112009 e 26/01/2010. O juiz da causa recusou executar a decisão do Tribunal da SADC. *Richard Thomas Etheredge vs The Minister of State For National Security Responsible for Lands, Land Reform and Resettlement and Senator Edna Madzongwe* – 04/02/2009. O juiz da causa recusou executar o julgamento provisório do Tribunal da SADC.

¹²⁰⁶ Cfr., n.º 5, do artigo 16º do Tratado da SADC.

A harmonização e a uniformização jurídica jogam um papel preponderante dentro de uma comunidade económica, dada a segurança e flexibilidade que esta dá aos investidores e aos agentes económicos.

A criação de uma jurisdição supranacional pode contribuir para a promoção da segurança jurídica e do desenvolvimento económico dos Estados na região austral.

O espaço regional tornou-se uma escala de regulação da Economia e do Direito dos países em desenvolvimento para a economia mundial e para o Direito Internacional Global.

Dentro da nova ordem jurídica internacional, os países em desenvolvimento não tem nenhuma outra escolha ou estratégia, senão a integração¹²⁰⁷.

O processo de integração e harmonização legislativa e judicial permitiria a internacionalização rápida dos Direitos dos Estados membros. Consequentemente, permitiria a fortificação das instituições judiciais, promoção e defesa dos direitos humanos.

¹²⁰⁷ CISTAC, Gilles (2012) Aspectos Jurídicos da Integração Regional, op. cit., p.343.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DE REFERÊNCIA

- ABRHAMSSON H. e NILSSON A. (1994) Moçambique em Transição. Um estudo da história de desenvolvimento durante o período de 1974 – 1992, PADRIGU/CEEI-ISRI.
- ANDERS, G (2003) *Legal Pluralism in a transnational context: where disciplines converge*. Cah. d'Anthropol. Droit 2003:113-28.
- ARNAUD, André-Jean e CAPELLER, Wanda, A Força do Estado em Face da Globalização, in SOUTO, SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim, (Org.) Sociologia e Direito, Thomson Lerner.
- BACHELARD, Gaston (1934) O Novo Espírito Científico, Tradução de António José Pinto Ribeiro, Edições 70, Lisboa.
- BACHELARD, Gaston (1934) A filosofia do não - A filosofia do novo espírito científico, Tradução de Joaquim José Moura Ramos, 4ª edição, Editorial Presença, Lisboa.
- BANURA, Peter (2004) A identidade nacional dos Estados membros na Constituição da Europa – Uma Constituição para a Europa, Almedina.
- BENDA-BECKMANN, F. von, K. von Benda-Beckmann e Griffiths, A. (eds), (2005) *Mobile People, Mobile law: Expanding legal relations in a contracting world*, Aldershot e Burlington: Ashgate.

- BENDA-BECKMANN, F. von (1988) “*Comment on Merry*”, *Law and Society Review*, 22, 897 – 901.
- BETTATI, Mário (1996) *O direito de ingerência, mutação da ordem internacional*. Lisboa, Instituto Piaget.
- BEETHAM, David e Lord, Christopher (1998) *Legitimacy and European Union*, Longman.
- BOBBIO, Norberto (1992) *A Era dos Direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro. Campus.
- BOBBIO, Norberto (2000) *O Futuro da Democracia*, 11^a ed. São Paulo: Paz e Terra.
- CAETANO, Marcelo (2003) *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6^a Ed. Almedina.
- CANOTILHO, Gomes J.J. (2004) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6^a Edição, Almedina, Coimbra.
- CANOTILHO, J.J. e Moreira Vital (1991) *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora.
- CARBONNIER, Jean (1979) *Sociologia Jurídica*, Livraria Almedina, Coimbra.

- CARRILHO, José Norberto e NHAMISSITANE, Emídio (1991) Alguns aspectos da Constituição, EDICIL, Maputo.
- CASSESE, A. (1986) *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press.
- CASTELO-BRANCO, Carlos (2011) “Dependência de Ajuda Externa, Acumulação e Ownership – Contribuição para um debate de economia Política – Cadernos IESE n.º7, Instituto de Estudos Sociais e Económicos, p. 24, in www.iese.ac.mz, acedido no dia 28 de Junho de 2013.
- CISCTAC, Gilles (2012) Aspectos Jurídicos da Integração Regional, Escolar Editora, Maputo.
- CITTADINO, Gisele (2000) Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- CRETELLA NETO, José (2013) Teoria Geral das Organizações Internacionais, 3ª Edição, Editora Saraiva, S. Paulo.
- CUNHA, Joaquim da Silva (1990) Direito Internacional Publico – Relações Internacionais (aspectos fundamentais do seu regime jurídico), III, Lisboa.
- CUNHA, Paulo de Pita (2006) Direito Europeu – Instituições e Políticas da União, Almedina, Coimbra.
- CUNHA, Joaquim de Almeida (1885) Estudo acerca dos usos e costumes dos Banianes, Bathiás, Parses, Mouros, Gentios e Indígenas, Imprensa Nacional, Moçambique.

- DEFARGES, Philippe Moreau (2006) *Droits d'ingérence*. Dans le monde post-2001, Paris, Sciences Po.
- DEYRA, Michel (2001) Direito Internacional Humanitário, Tradução de Catarina de Albuquerque e Raquel Tavares, Ed. Comissão Nacional para as Comemorações do 50.º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos, Procuradoria Geral da República, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, in <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/DIHDeyra.pdf> , acedido no dia 09.05.15.
- DELMAS-MARTY, Mireille (1994) Por um Direito Comum – Tradução de Maria Ermantina da Almeida Prado Galvão – Martins Fontes, São Paulo.
- DELMAS-MARTY, Mireille (2004) *Le Flou du Droit – Du Code Pénal aux Droit de l'Homme*, Quadrige/PUF.
- DELMAS-MARTY, Mireille (2004) *Le Droit Pénal Comme Éthique de la Mondialisation*, in *Revue de Science criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 1, Janvier / Mars 2004, Daloz, pp. 1 – 10.
- DELMAS-MARTY, Mireille (2006) *Les forces imaginantes du droit II: Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil.
- DELMAS-MARTY, Mireille (2007) *Les forces imaginantes du droit II: La refondation des pouvoirs*, Paris: Seuil.

- DIAS, Augusto Silva (2004) De que Direito Penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um Direito Penal comunitário, in Revista portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, nº 3.º, Junho – Setembro 2004.
- DUPUY, Pierre-Marie (2000) *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public.*, p. 240, In https://books.google.pt/books?id=rvmH8c4XchMC&pg=PA215&hl=pt-PT&source=gbp_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false , acedido no dia 15.09.15.
- ENNES, António (1946), A colonização Europeia de Moçambique, in Antologia Colonial Portuguesa, Vol. 1, Política e Administração, Lisboa, Agência Geral das Colonias.
- ECO, Umberto (2002) Como se faz uma tese. 9ª ed., Editorial Presença.
- EHRLICH, Eugen (1986) Fundamentos da Sociologia do Direito, Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- FEIJÓ, Carlos (2012) A coexistência normativa entre o Estado e as autoridades tradicionais na ordem jurídica plural angolana – Tese de Doutoramento – Edições Almedina, S.A. Coimbra.
- FIGUEIRA, António (2004) Modelos de legitimação da União Europeia, Ed. Principia.
- FLORENCIO, Fernando, Autoridades Tradicionais e o Pluralismo Jurídico: Análise Comparada de dois Estudos de Caso em Moçambique e Angola, in

- FLORENCIO, Fernandes (2003) As Autoridades Tradicionais vaNdau, Estado e Política Local em Moçambique – Tese de Doutoramento – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa – ISCTE, Lisboa.
- FRANCISCO, António Alberto da Silva (2012) Reestruturação Económica e Desenvolvimento, in SANTOS, Boaventura e TRINDADE, João, (Organizadores) 2003, Conflitos e Transformação Social: Uma paisagem das Justiças em Moçambique.
- GDI - Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento (2009) Evolução Constitucional da Pátria Amada, Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, CIEDIMA, SARL, Maputo.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2015) Direito Constitucional de Moçambique, IDILP, Lisboa.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) Manual do Direito Internacional Público - Uma perspectiva de língua Portuguesa, 4ª Edição, Almedina, Lisboa.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2008) Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático-crítica, Almedina.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2005) O Tribunal Penal Internacional: Uma perspectiva de Direito Internacional e de Direito Constitucional in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora.

- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2005) Manual de Direito Internacional Publico, 2ª Edição, Almedina, Coimbra.
- GRIFFITHS, Anne (2012) Pluralismo Jurídico, Justiça e Direitos Humanos: Reavaliando o Direito numa Era Transnacional, in KYED, Helena Maria, COELHO, J.P.B., et al, (org) (2012) A dinâmica do pluralismo jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo.
- GROTIUS, Hugo (1625) *On the law of the war and peace*, Translated by A. C. Campbell, London 1918, in <http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>, acedido no dia 03.02.15.
- HABERMAS, Jurgen (1998) *Between Facts and Norms: Contribution to a discourse, Theory of law and Democracy* (William Rehg, trans.) Cambridge, MA: The MIT Press.
- HABERMAS, Jurgen (2002) Sobre a coesão interna entre o Estado de Direito e democracia, in A inclusão do outro, Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola.
- HABERMAS, Jurgen (2003) Direito e Democracia; entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro.
- HANLON, Joseph (1996) Paz sem benefícios: como o FMI bloqueia a reconstrução de Moçambique, Maputo, Imprensa Universitária.
- HART, H.L.A. (1961) *The Concept of Law*. London: Oxford University Press.

- HESPANHA, António Manuel (1997) Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia, Publicações Europa América, Portugal.
- HESPANHA, António Manuel (2009) O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje, 2ª Edição, reelaborada, Almedina, Coimbra.
- ISSÁ, Abdul Carimo Mahomed (2013) Lei de Probidade Pública, Anotada e Comentada. Maputo.
- KANT, Emmanuel (1795) A Paz Perpétua - Um Projecto Filosófico. Trad. de Artur Mourão, Lusosofia Press, Covilhã. In http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf, acedido no dia 03,02.15.
- Kelsen, Hans (1999) Teoria Pura do Direito, Tradução de João Baptista Machado, Fontes São Paulo.
- KYED, Helena Maria, COELHO, J.P. B., et al, (org) (2012) A dinâmica do pluralismo jurídico em Moçambique, CESAB, Maputo.
- KOLSKY, Elizabeth, “*Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*” in www.researchgate.net/publication/228355340_Codification_and_the_Rule_of_Colonial_Difference_Criminal_Procedure_in_British_India , acedido no dia 28.12.2014.
- KUHN, Thomas (1962) a Estrutura das Revoluções Científicas, Tradução: Beatriz Vianna Boeira et al, Editora Perspectiva.

- LANDES, David S. (1999) *The wealth and poverty of nations: why some are so rich and some so poor*”, New Youk, Norton.
- LUHMANN, Niklas (1990) *La Ciencia de la Sociedad*, tradução especial, Mexico: Universidad Iberoamericana /ITESCO/ Anthropos.
- MACAULAY, Stewart (1983), *”Private Government, disputes processing Research Program”*. Working Paper, 6, University of Wisconsin-Madison.
- MACHEL, Samora Machel (1983) *A Luta Contra o Subdesenvolvimento*, Maputo, Partido Frelimo.
- MADURO, Miguel Poiares (2006) *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Principia Ed. Lisboa.
- MALINOWSKI, Bronislaw (1926) *Crime and Custom in Savage Society*, Harcourt, Brace and Company, INC, London, p.59. <https://archive.org/stream/crimecustominsav00mali#page/58/mode/2up>, acedido no dia 21.01.15.
- MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço (2000) *Direito da Informática*, Almedina.
- MARTINS, Guilherme D’Oliveira (2004) *O Novo Tratado Constitucional Europeu, da Convenção à CIG*, Gradiva.
- MARTINS, Patrícia Fragoso (2006) *Princípios do primado do Direito Comunitário – Sobre as normas Constitucionais dos Estados-membros – Dos Tratados aos projectos de Constituição Europeia*, Príncipeia.

- MELLO, Lopo Vaz de Sampayo e (1910) *Politica Indígena*, Magalhães e Moniz, Editores, Porto.
- MENESES, Maria Paula (2003) As autoridades tradicionais no contexto do pluralismo jurídico, in *Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique*, Edições Afrontamento, Vol. II, Porto.
- MERRY, Sally (1992) “*Anthropology, law, and transnational processes*”. *Annu. Rev. Antropol*, 21:357 -79.
- MERRY, Sally (1988) “*Legal Pluralism*”, *Law and Society Review*, 22, 869-896.
- MORGENTHAU, Hans J. (1978) *Politics among nations: the struggle for power and peace*, fifth edition, revised, New York: Alfred A. Kenopf.
<https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/morg6.htm> , acedido no dia 0102.15.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto (2009) *Transconstitucionalismo*, Universidade de S. Paulo, S. Paulo.
- NEVES, Marcelo, Do Pluralismo Jurídico à miscelânea social: O problema da falta da identidade das esferas de juridicidade periférica e suas implicações na América Latina, in *Direito e Sociedade*, 29 de Maio de 2010, in <http://direitofpr2.blogst.com/2010/05direito-e-sociedade-texto-do-pluralismo.html>
- OCHOA, Carla Huesta (2003) *Conflitos Normativos*, 1ª Edição, Universidade Nacional Autónoma de México.

- PEREIRA, André Gonçalves e Quadros, Fausto de (2009) Manual de Direito Internacional Público, 3ª edição, Almedina.
- PETEV, Valentin (2005) *Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs*, in Le Pluralisme – Arch. Phil. Droit, Tome. 49, Ouvrage publié avec le concours du CNRS, Daloz.
- PIRES, Francisco Lucas (1997) Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Almedina, Coimbra.
- RAMOS, André de Carvalho (2008) Direitos Humanos na Integração Económica – Análise comparativa da protecção de direitos Humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul, Renovar, Rio de Janeiro.
- REBELO, Marta (2005) Constituição e legitimidade social da União Europeia, Almedina, Coimbra.
- RIBEIRO, Artur R. De Almeida (1946) “Descentralização na Legislação e na Administração das Colonias”, in Antologia Colonial Portuguesa, Lisboa, Agência Geral das Colonias, Vol. I: Política e Administração.
- RIBEIRO, José Cláudio Junqueira, et al., Indicadores Ambientais para os Países em Desenvolvimento, Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM), Brasil, p. 6. in <http://www.bvsde.paho.org/bvsAIDIS/PuertoRico29/junque.pdf>, acedido no dia 01.08.2014.

- RIGAUX, Marie-Francoise (1985) *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles: Lacier, p. 270.
- ROBERTSON and Merrills (1996) *Human Rights in the World*, 4th Edition, Manchester University Press.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, et al (2005) *Direitos Humanos das Mulheres*, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 4, Coimbra Editora
- SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos [Org.] (2003) *Conflito e Transformação Social: Uma paisagem das justiças em Moçambique*, Edições Afrontamento, Porto.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2003) *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, in *Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique*, Edições Afrontamento, Porto.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2002) *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, 2nd ed., Cambridge, UK?New York: Cambridge Univ. Press.
- SCHMITTER, Philippe C. (2000) “O que há para legitimar na União Europeia e como poderá isso ser feito?”, in *Cidadania e novos poderes numa sociedade Global*, Fundação Calouste Gulbenkian, Publicações Dom Quixote.
- SERRA, Carlos Manuel dos Santos (2013) *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais – Avanços e Recuos na Construção do Direito Moçambicano*, Tese de Doutoramento em Direito Público, FDUNL e ISCTEM, Lisboa e Maputo

- SILVA, Cristina Nogueira da (2009) *Constitucionalismo e Império – A Cidadania no Ultramar Português*, Almedina, Lisboa.
- SMITH, Adam (2006) *A Riqueza das Nações*. Trad. de Luís Cristóvão de Aguiar, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 4a ed. Lisboa.
- SOUSA, Elísio (2015) *Código Penal Moçambicano – Anotado e Comentado*, Escolar Editora, Maputo.
- SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim, (Org.) *Sociologia e Direito*, Thomson Lerner.
- STEINER, Henry and ASTON, Philip, *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals*, Text and Materials, 2th Edition, Oxford University Press.
- STIGLITZ, J. E. (2002). *A globalização e seus malefícios - A promessa não-cumprida de benefícios globais*, São Paulo.
- STEINER and Alston, 1996, *International Human Rights in Context - Law, Politics and Moral*, Clarendon Press, Oxford.
- TAMANAHA, Brian Z. (1993) *Realistic Socio-legal Theory: Pragmatism and a Theory of law*. Oxford: Clarendon Press.
- TEUBNER, Gunther (1996) *Global Bukowina: legal pluralism in the world society*, in *Global Law Without a State*, ed. G Teubner, Dartmouth, Althenshot

1997, 3-28, in http://www.jura.unifrankfurt.de/42852872/Bukowina_english.pdf,
acedido no dia 20.01.15.

- TOUSCOZ, Jean (1993) *Direito Internacional*, Publicações Europa-América.
- TRINDADE, João Carlos (2003) *Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos*, in *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*, in *Conflito e transformação social: Uma paisagem das justiças em Moçambique*, Edições Afrontamento, Porto.
- TWINING, W (2009) *General Jurisprudence*, Cambridge. UK: Cambridge Univ. Press.
- TWINING, W (2010) *Normative and legal pluralism: a global perspective*. Duke J. Comp. Int. Law. In press.
- VARELA, Marcelo Dias (2013) *Internacionalização do direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*, Brasília, UniCEUB. In http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949. Acedido no dia 08.05.15.
- WALBY, Kevin, *Contributions to a Post-Sovereigntist Understanding of Law: Foucault, Law as Governance, and legal Pluralism*, Carleton University, Canada in <http://sls.sagepub.com/content/16/4/551>, September 9, 2010.
- WALZER, Machel (1987) *Spheres of justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New work: Basic Books.

- WEBER, Max (2005) Três tipos de poderes e outros escritos, (Tradução de Artur Morrão), Tribuna.
- WEILENMANN, M. (2009) *Project Law – A power Instrument of Development Agencies: A case study from Burundi*. In Brenda-Beckmann, F. von Benda-Beckmann e A Griffiths (eds): *The power of law in a Transnational World: Anthropological enquiries*. New York - Oxford: Berghahn Books.
- WEILENMANN, M. (2005) *Project Law – Normative Orders of Bilateral Development Cooperation and Social Change: A case study from the German Agency for Technical Cooperation*. In Brenda-Beckmann, F. von Benda-Beckmann e A Griffiths (eds): *Mobile People, Mobile law: Expanding legal relations in a contracting world*, Aldershot e Burlington: Ashgate.
- WILENSKY, Alfredo Héctor Wilensky (1971) *A administração de justiça em África Continental Portuguesa*, Lisboa, Junta de Investigação do Ultramar.

LEGISLAÇÃO

1. Legislação Internacional

- Carta das Nações Unidas.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)
- Tratado da União Europeia.
- Tratado Internacional dos direitos das pessoas com deficiência.
- Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.
- Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados da ONU de 1974.

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.
- Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982.
- Convenção Americana de Direitos Humanos.
- Convenção Europeia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Organizações Internacionais Não Governamentais, adotada em Estrasburgo, no dia 24 de Abril de 1986.
- Convenção das Nações Unidas sobre o Mar, de 10 de Dezembro de 1982.
- Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.
- Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.
- Constituição e Convenção da União Internacional das telecomunicações (ITU – Constituição) de 1992.
- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.
- Constituição Colonial Portuguesa de 1930.
- Convenção de Genebra relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951.
- Resolução 1996/31, de 1996, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.
- Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992, Rio de Janeiro
- Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986)
- Declaração da OIT relativa aos princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. (Adotada na 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Junho de 1998).
- Declaração de Paris sobre a Eficácia da Ajuda ao Desenvolvimento, 2 de Março de 2005.
- Protocolo sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos dos Homens e dos Povos.

- SADC Protocol on Finance and Investment – Cooperation on Non-Banking Financial Institutions and Services.
- ONU - Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais - resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966.
- *International Court of the Environment Foundation, Proposals.*
- Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).
- Constituição Política da República Portuguesa de 1911, aprovada em 21 de Agosto de 1911.
- Constituição da República de Angola de 2010.
- Constituição da República da África do Sul.
- Constituição Soviética de 5 de Dezembro de 1936.
- Constituição Soviética (Estalinista) de 1938.
- Constituição da RDA de 1968.
- Act to provide for the Registration of Villages, the Administration of registered villages and designation of Ujamaa Villages, Enacted by the Parliament of the United Republic of Tanzania, No. 21 of 1975 of 21th August, 1975.
- Decreto-Lei n.º 660/74, de 25 de Novembro – Intervenções e nacionalizações - legislação portuguesa.
- Código Comercial de Macau - Decreto-Lei n.º 40/99M, de 3 de Agosto.

2. Legislação de Organizações e Instituições Transnacionais.

- Basel Committee on Banking Supervision - as estratégias Basel Committee in http://www.basel-2.org/BIS_BCBS.html, acedido no dia 21.02.14.

- FMI, Metodologias do Fundo Monetário Internacional para a avaliação de riscos de Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo in http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk_Assessment_IMF.pdf , acedido no dia 15.02.2014.
- OECD, Directrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais. Disponíveis in <http://mneguidelines.oecd.org/text/>. Acedido no dia 28.04.15.
- OMC - Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) da Organização Mundial do Comércio, in http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm, acedido no dia 12.06.14.
- ROSC - Reports on Observance of Standards and Codes (ROSC), Mozambique, Accounting and Auditing, June, 16, 2008, in http://www.worldbank.org/ifa/rosc_aa_moz.pdf, acedido no dia 01.03.14.
- *United Nations Economic Commission for Africa (UNECA), Governance of Financial Institution in Suthern Africa: Issues for institutional Convergence Framwork for Regional Financial Integration in SADC – ECA-SA/TBUP/GOV/2009/3.*
- UN Global Compact Principles, in <http://www.unglobalcompact.org>. Acedido no dia 28.04.15.
- WB, Metodologia do Banco Mundial para a Avaliação de Riscos, in http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk_Assessment_IMF.pdf

gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk_Assessment_World_Bank.pdf,
acedido no dia 15.02.2014.

3. Legislação Moçambicana

Período Colonial

- Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 4 de Abril de 1838.
- Código Civil Português de 1867, Aprovado por Carta de Lei de 1 de Junho de 1867.
- Código dos Milandros Inhambanenses (litígios e pleitos) aprovado por Portaria provincial n.º 269, de 11 de Maio de 1889.
- Código Penal Português Ultramarino de 1886.
- Lei n.º 2048, de 11 de Junho de 1951 – Introduz alterações na Constituição Política da República Portuguesa.
- Lei de 15 de Agosto de 1914 - Lei orgânica da administração civil das províncias ultramarinas Portuguesas.
- Lei n.º 227, de 15 de Agosto de 1914 - Lei Orgânica da Administração Civil das Colónias.
- Lei n.º 228, de 15 de Agosto de 1914 - Lei Orgânica da Administração Financeira das Colónias.
- Lei n.º 4/1990, de 26 de Setembro - Códigos de conduta para os funcionários de Estado.
- Decreto n.º 2119/1963, de 24 de Junho - Lei Orgânica do Ultramar.
- Decreto-Lei n.º 39666, de 20 de Maio de 1954 - Estatuto dos Indígenas das Províncias de Guiné, Angola e Moçambique.
- Decreto-Lei n.º 49145, de 25 de Julho – Contencioso do Trabalho.

- Decreto-Lei n.º 49146, de 25 de Julho - Lei orgânica do Conselho Ultramarino Português.
- Decreto-Lei n.º 23288/1933, de 15 de Novembro - Carta Orgânica do Império Português.
- Decreto n.º49147, de 25 de Julho - Regimento do Conselho Ultramarino Português.
- Decreto de 23 de Maio de 1907 - Organização Administrativa do Distrito de Moçambique.
- Decreto n.º 44307, de 27 de Abril de 1962 -Código Rural de Trabalho.
- Decreto n.º 18570/1930, de 18 de Junho - Acto Colonial.
- Decreto n.º 23229/1933, de 15 de Novembro - Reforma Administrativa Ultramarina (RAU).
- Decreto de 7 de Dezembro de 1836 - Organizando a justiça para a Índia e Costa Oriental de África.
- Diploma Legislativo n.º 162 - O regime do indigenato, publicado no Boletim Oficial n.º22, I Série, de 1 de Junho de 1929.
- Diploma Legislativo n.º37/1927 - Regulamento dos Tribunais Privativos dos Indígenas.

Pós-independência.

- Constituição da República de Moçambique de 2004
- Constituição da República de Moçambique de 1990.
- Constituição da República Popular de Moçambique de 1975.
- Lei n.º35/2014, de 31 de Dezembro - O Novo Código Penal.
- Lei n.º 34/2014, de 31 de Dezembro – Direito à Informação.
- Lei n.º 14/2013, de 12 de Agosto - Branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

- Lei n.º13/2014, de 17 de Junho - Regimento da Assembleia da República.
- Lei n.º 10/2013, de 14 de Abril – Estabelece o Regime Jurídico da Concorrência, no Exercício das Actividades Económicas.
- Lei n.º 16/2012, de 14 de Agosto - Lei de Probidade Pública.
- Lei n.º 15/2012, de 14 de Agosto - Lei de Protecção das Vítimas, Testemunhas e Outros Sujeitos Processuais.
- Lei n.º 17/2011, de 10 de Agosto – Lei da extradição
- Lei n.º 6/2009, de 10 de Março – Pauta Aduaneira de Moçambique.
- Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto - Lei do Trabalho.
- Lei n.º 9/2004, de 21 de Julho – As boas práticas de corporate governance.
- Lei n.º 6/2004, de 17 de Junho - Lei sobre Anti-Corrupção.
- Lei n.º 3/2003, de 21 de Janeiro – Lei da actividade Seguradora.
- Lei n.º 7/2002, de 5 de Fevereiro - Repressão da utilização do sistema financeiro para a prática de actos de lavagem de capital, proveniente de actividades criminosas.
- Lei n.º 5/2002, de 5 de Fevereiro - Protecção de Trabalhadores Portadores de HIV-SIDA.
- Lei n.º 15/99, de 1 de Novembro - Estabelecimento e o exercício das actividades das instituições de crédito e das sociedades financeiras.
- Lei n.º 14/99, de 1 de Novembro - Lei das Telecomunicações.
- Lei n.º11/99, de 8 de Junho - Lei da Arbitragem.
- Lei n.º 8/98, de 20 de Junho – A segunda Lei do Trabalho.
- Lei n.º 7/98, de 15 de Junho - Normas de conduta aplicáveis aos titulares de cargos governativos.
- Lei n.º 20/97, de 1 de Outubro – Ambiente.
- Lei n.º 3/97, de 13 de Março, sobre o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, Precursores e Preparados.

- Lei n.º 3/93, de 24 de Junho – Investimentos.
- Lei n.º 4/1990, de 26 de Setembro, que estabelece normas de conduta, deveres e direitos dos dirigentes superiores do Estado.
- Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro – A primeira Lei do Trabalho.
- Lei n.º 10/92, de 6 de Maio - Orgânica dos Tribunais Judiciais.
- Lei n.º 4/92, de 6 de Maio - Tribunais Comunitários.
- Lei n.º 24/91, de 31 de Dezembro – Liberalização da actividade seguradora.
- Lei n.º 19/91, de 16 de agosto - Crimes contra a Segurança do Estado.
- Lei n.º 15/91, de 3 de Agosto - Normas sobre a reestruturação, transformação e redimensionamento do sector empresarial do Estado.
- Lei n.º 4/1990, de 26 de Setembro - estabelece normas de conduta, deveres e direitos do dirigente superior do Estado.
- Lei n.º 17/87, de 21 de Dezembro – Lei dos Crimes Militares.
- Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro – A primeira Lei do Trabalho.
- Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto – Investimento Estrangeiro.
- Lei n.º 1/83, de 16 de Março – Segurança do Povo e do Estado Popular.
- Lei n.º 2/81 de 30 de Setembro, da Organização e Funcionamento das Empresas Estatais.
- Lei n.º 2/81, de 10 de Setembro – Empresas Estatais.
- Lei n.º 12/78 de 12 de Dezembro - Orgânica dos Tribunais Populares.
- Lei n.º 7/98 - Declaração de bens dos titulares de cargos públicos.
- Lei n.º 5/77, de 31 de Dezembro – Nacionalização das instituições bancárias.
- Decreto-Lei n.º 1/2013, de 4 de Julho - Regime Jurídico de insolvência e recuperação de empresas comerciais.
- Decreto-Lei n.º 1/2010, de 31 de Dezembro- Regime Jurídico de Seguros.
- Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril - altera o Código Comercial.

- Decreto-Lei n.º 02/2005, de 27 de Dezembro – Código Comercial de Moçambique.
- Decreto-Lei n.º 17/77 de 28 de Abril, o Estatuto-Tipo das Empresas Estatais.
- Decreto-Lei n.º 16/75, de 13 de Fevereiro - Intervenções e nacionalizações.
- Decreto n.º 12/75, de 6 de Setembro - O exercício do ensino privado.
- Decreto-Lei n.º 5/75, de 19 de Agosto - O novo Sistema Nacional de Saúde.
- Decreto-Lei n.º 21/75, de 11 de Outubro - Serviço Nacional de Segurança Popular (SNASP).
- Decreto n.º 80/2013, 31 de Dezembro – Formulário Único.
- Decreto n.º 34/2013, de 2 de Agosto – Regulamento do Licenciamento da Actividade Comercial.
- Decreto n.º 5/2010, de 7 de Março – Regulamento de Licenciamento Simplificado.
- Decreto n.º 49/2009, de 14 de Agosto – Regulamento da Inspeção Geral do Trabalho.
- Decreto n.º 34/2009, de Julho – Regras Gerais de Desembaraço Aduaneiro de Mercadorias.
- Decreto n.º 33/2009, de 1 de Julho – Janela Única Electrónica.
- Decreto n.º 14/2007, de 30 de Maio - Os Balcões de Atendimento Único.
- Decreto n.º 36/2006, de 21 de Setembro - Novo Plano Geral de Contabilidade.
- Decreto n.º 10/2006, de 5 de Abril – Sistema de Inspeção não Intrusiva de Mercadoria, Meios de Transporte, Bagagens e Pessoas.
- Decreto n.º 54/2005, de 13 de Dezembro – Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, Fornecimento de Bens e Prestação de Serviços ao Estado.

- Decreto n.º 19/2005, de 22 de Junho – Regulamento do Procedimento de Fiscalização Tributária.
- Decreto n.º 16/2002, de 27 de Junho – Código dos Benefícios Fiscais.
- Decreto n.º 48/2001, de 21 de Dezembro – Regime Jurídico Especial para os Auditores do Sistema Bancário-Financeiro.
- Decreto n.º 6/2001, de 20 de Fevereiro – Regulamento das Agências Privadas de Emprego.
- Decreto n.º 15/2000, de 20 de Junho - Autoridades comunitárias.
- Decreto n.º 62/99, de 21 de Setembro – Regulamento das Zonas Francas Industriais.
- Decreto n.º 42/99, de 20 de Julho - Inspeção Geral de Seguros (IGS).
- Decreto n.º 7/94, de 9 de Março – Cria a Comissão Consultiva do Trabalho.
- Decreto n.º 2/93 de 24 de Março – Normalização e Qualidade.
- Decreto n.º 21/90, de 18 de Setembro – Inspeção Pré-Embarque.
- Decreto n.º 21/89, de 23 de Maio - O Regulamento de alienação a título oneroso de empresas, estabelecimentos, instalações, quotas e outras formas de participação financeira da propriedade do Estado.
- Decreto n.º 6/84, de 19 de Setembro - Acordos relativos ao Fundo Monetário Internacional, ao Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento e a Associação Internacional de Desenvolvimento.
- Decreto n.º 9/79 de 30 de Junho - Polícia Aduaneira no Ministério do Interior.
- Decreto n.º 16/78, de 21 de Outubro - Normas de trabalho e disciplina no aparelho de Estado.
- Decreto n.º 8/78, de 09 de Maio – Cooperativas.
- Decreto-Lei n.º 18/77, de 28 de Abril – Cria as Empresas Estatais.
- Decreto-Lei n.º 5/76, de 5 de Fevereiro – a Intervenção e nacionalizações no sector imobiliário e infraestruturas.

- Decreto-Lei n.º 4/75, de 16 de Agosto - O exercício da advocacia e das funções de consultoria jurídica.
- Decreto n.º 70/2009, de 22 de Dezembro de 2009 – Aprova o Sistema de Contabilidade para o Sector Empresarial.
- Decreto n.º 25/75, de 18 de Outubro - Polícia de Investigação Criminal.
- Resolução n.º 3/2008, de 29 de Maio - Estratégia para a Melhoria do Ambiente de Negócios.
- Resolução n.º 37/2007, de 12 de Novembro - Política de Concorrência de Moçambique
- Resolução n.º 5/95, de 3 de Agosto - Política Nacional do Ambiente.
- Resolução n.º 31/94, de 20 de Setembro - Ratifica a Acta Final que incorpora os resultados das Negociações Comerciais Multilaterais do Uruguai Round/Acordo Geral de pautas Aduaneiras e Comercio (GATT).
- Resolução n.º 15/87, de 22 de Setembro - Relatório do Governo Sobre o Programa de Reabilitação Económica e Programa de Emergência, B.R., 22 de Setembro de 1987, 4º Suplemento, n.º 37.
- Resolução n.º 3/77, de 1 de Setembro - A Lei de Terras.
- Diploma Ministerial n.º 116/2013, de 8 de Agosto – Regulamenta o regime de trânsito de mercadorias.
- Diploma Ministerial n.º 19/2003, de 19 de Fevereiro - A inspecção pré-embarque.
- Diploma Ministerial n.º 170/2001, de 14 de Novembro – Regulamento para a Emissão de Certificados de Origem.
- Diploma Ministerial n.º 141/2001, de 26 de Setembro – Aprova o Regulamento para Autenticação e/ou Emissão dos Documentos.
- Aviso n.º 4 /GBM/2013 – Directrizes de Gestão de Riscos (DGR).
- Aviso 4/GBM/2012, de 26 de Dezembro - Extensão dos Serviços Financeiros às Zonas Rurais e as Normas Internacionais.

- Aviso n.º 3/GBM/2012, de 13 de Dezembro – Implementação do Acordo de Basileia II.
- Aviso n.º 10/GBM/2007, de 25 de Maio - Extensão dos Serviços Financeiros às Zonas Rurais e as Normas Internacionais.
- Aviso n.º 5/GBM/2007, de 30 de Março – Ajusta as regras de determinação dos fundos próprios das Instituições de Créditos e Sociedades Financeiras aos padrões internacionais.
- Aviso n.º 4/GBM/2007, de 30 de Março – Normas que regem as instituições sujeitas à Supervisão do Banco de Moçambique.

PERIÓDICOS

- Africa Monitor – *Intelligence Newsletter de Informação Estratégica*, 05 de Abril de 2015. In, <http://www.africamonitor.net/pt/seguran%C3%A7a-defesa/nigeria-executive-outcomes015/> . Acedido no dia 12.04.15.
- AHMAD, Nisar Mohammad Bin, *The Economic Globalization and its Threat to Human Rights*, in International Journal of Business and Social Science, Vol. 2 No. 19 [Special Issue – October 2011] in http://ijbssnet.com/journals/Vol_2_No_19_Special_Issue_October_2011/33.pdf , acedido no dia 06.04.15.
- Banco de Moçambique - Relatório Anual de 2012, in www.banco.moc.mz, acedido no dia 14.02.14.

- BERMAN, Paul Schiffs, *From International Law to Law and Globalization* (2005) Columbia Journal of Transnational Law, Vol., 43, pp.485 – 556. In http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700668 , acedido 17.01.15.
- BOGDAND, Armin Von, *Pluralism, direct effect and ultimate say: on the relationship between the international and domestic constitutional law*. In <http://icon.oxfordjournals.org>. I*CON, Volume 6, Number 3&4, 2008.
- BURKE-WHITE, William W, *International Legal Pluralism* (2003 – 2004) 25 Michigan Journal of international Law.
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto. “*The merits of coordination of international courts on human rights*”, in 2 Journal of International Criminal Justice (2004), p.311 GUILLAUME, Gilbert. “*The future of international judicial institutions*”. In 44 International and Comparative Law Quarterly (1995), pp. 848-863, in www.journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=1519888&fileId=S0020589300058358., acedido no dia 19.04.15.
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *As Nações Unidas e a Ordem Económica Internacional (Com a atenção especial aos Estados latino-Americano)*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília a.21, n.º81, Janeiro/Março, 1984, Suplemento, in <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4>, acedido no dia 31.06.2015.

- CARLIER, Jean-Yves. “*La garantie des droits fondamentaux en Europe: pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg*”. 13.1 Revue québécoise de droit international (2000), pp. 37-61, in https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/ssh-cdie/documents/Garantie_droits.pdf, acedido no dia 20.04.15.
- CASTANHEIRA, Fernando Henrique, Fragmentação do Direito Internacional e Law Making no Campo Jurídico Internacional Contemporâneo, in Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n.º 25, p.63-78, 2009. In http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/2/167 . Acedido no dia 19.04.15.
- CISTAC, Gilles, A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da UEM, Volume VI, Setembro, 2004, Imprensa Universitária, Maputo.
- COISSORÓ, Narana (1964) As instituições do Direito Costumeiro Negro-Africano – Separata de Angola, Estudos Políticos e Sociais, vol. II, n.º 1.
- COSTA, José de Faria (2003) Globalização e o Direito Penal – ou o Tributo da Consonância ao Elogio da Incompletude, in Globalização e Direito – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, S. I. n.º 73, Colloquia 12, Coimbra Editora.
- DIMANDE, Armando César, Os Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Moçambicano, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da UEM, Volume II, Junho de 1997, Imprensa Universitária, Maputo.

- DUPUY, Pierre Marie. *The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice*, in 31 New York University Journal of International Law and politics (1999), pp. 791-807, in http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Dupuy.pdf, acedido no dia 20.04.15.
- *EU Standards for European Enterprises - General Guidelines for the cooperation between CEN, CENELEC and ETSI and the European Commission and the European Free Trade Association (2003) in Official Journal of the European Union*, (2003/ C 91/0 4). Disponível in http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/standardisation-policy/general-framework/index_en.htm. Acedido no dia 28.04.15.
- FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther, *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*, (2003 – 2004) 25 Michigan Journal of international Law, v. 25, in <http://www.jura.unifrankfurt.de/42852885/regimecollisions.pdf> , acedido no dia 28.09.15.
- FUNGHI, Luís Henrique Baeta, *Constituição e Democracia: um exercício de patriotismo constitucional*, in Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, V. 77 – n.º 4 – ano XXVIII, Dezembro de 2010.
- GALANTER, Marc, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law* (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1, in <http://www.jlp.bham.ac.uk/volumes/19/galanter-art.pdf> , acedido no dia 23.01.15.

- GOUVEIA, Jorge Bacelar, O princípio democrático no novo direito Constitucional Moçambicano, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol.36, 1995.
- GAFI, Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação – As Recomendações de GAFI – OCDE/GAFI, Fevereiro de 2012.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, “O princípio democrático no novo direito constitucional moçambicano”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXVI, 1995, pp. 457-491.
- GUILLAUME, Gilbert. “*The future of international judicial institutions*”. In 44 International and Comparative Law Quarterly (1995).
- GUILLAUME, Gilbert. “ *The proliferation of international judicial bodies: the outlook for the international legal order*” discurso ao Sexto Comité da Assembleia geral das Nações Unidas, em 27 de Outubro de 2000, in <https://ghum.kuleuven.be/ggs/events/springlectures2013/documents-1/guillaume-proliferation-intnat-judicial.pdf> , acedido no dia 17.04.15.
- GRIFFITHS, John, ‘*What is legal pluralism?*’, *Journal of Legal Pluralism*, No. 24, (1986), in <http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/24/griffiths-art.pdf> , acedido no dia 20.01.15.
- GRIFFITHS, John, *The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology*, Current Legal Issues, No. 49, 8, 2005.

- HIGGINS, Rosalyn. “*The ICJ, the ECJ, and the integrity of international Law*”, in 52 International and Comparative Law Quarterly (2003), pp.1-20, in http://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/higgins_icj-ecj-integrity-intl-law.pdf , acedido no dia 19.04.15.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Internacionalización del Derecho Penal y de la Ciencia del Derecho Penal. Ciencia del Derecho Penal nacional y universal*, in Revista Penal, nº 17, Enero 2006.
- HESPANHA, António Manuel, Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Análise Social, Volume XXXVI (161), 2001, 1183 – 1208), in <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218730673W4tYC7xw4Vr07TF8.pdf>, acedido no dia 30.12.14. KOH, Harold Hongju, *The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process*, 75 Neb. L. Rev. in <http://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol75/iss1/7> , acedido no dia 22.02.15.
- KUMM, Mattias. *Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, 36 Common Market Law Review (1999), pp.351-387. In <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/98/98-10-.html> acedido no dia 20.04.15.
- YILMAZ, Ihsan, *The challenge of post-modern legality and muslim legal pluralism in England*, Journal of ethnic and migration studies, Vol. 28, No.2: 343 - 354, April 2002.in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1777231 , acedido no dia 17.01.15.

- MORRIS, Sarah M., The intersection of equal and environmental protection: a new direction for environmental Alien Torts claim after Sarei and Sosa, in Columbia Human Rights Law Review p. 334 e ss. In http://www3.law.columbia.edu/hrlr/hrlr_journal/41.1/Morris_Final.pdf . Acedido no dia 04.05.15.
- PELLET, Alain. *La formulation du Droit International dans le Cadre des Nations Unies*, Journal Europeen de Droit International, Vol. 6, n.3, 1995, pp.401-425. In <http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%201995%20-%20La%20formation%20du%20DI%20dans%20le%20cadre%20des%20NU.pdf>, acedido no dia 12.04.2015.
- PETEV, Valentin (2005) *Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs*, in Le Pluralisme – Arch. Phil. Droit, Tome. 49, Ouvrage publié avec le concours du CNRS, Daloz, 2006.
- ROBERTS, Simon, *Against legal pluralism – some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain*, Journal of Legal Pluralism, No.42, 1998.
- SANTOS, Boaventura, o Processo da Globalização, artigo in [www. Eurozine.com](http://www.eurozine.com) ou <http://fesppr.br/~daiane/GLOBALIZA%C7%C3O/globaliza%E7%E3o.pdf> , acedido no dia 29.01.15.
- SILVA, Cristina Nogueira da, *Escravidão e Direitos Fundamentais no século XIX*, in *Escravos, Libertos e Trabalho Forçado na Era das Abolições*, Africa Studia n.º 14, Revista Internacional de Estudos Africanos, Centro de Estudos Africanos, Universidade do Porto, 1999.

- SILVA, Cristina Nogueira da, Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (século XIX-XX) in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n.º33-34, t. II, 2004-2005, 899-921.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, *Global Government Network, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, Harvard Law School, Public Law Working Paper No.18, 2001, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283976 , acedido no dia 17.01.15.
- SLAUGHTER, Anne- Marie, *International Law in a world of liberal states*, 1995, E EJIL 503, in <http://www.ejil.org/pdfs/6/1/1310.pdf> , acedido no dia 24.09.15.
- STOFFELS, Ruth Abril, *Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps*, in IRRC September 2004 Vol. 86 No 855.
- TAMANAHA, Brian, *The Folly of the 'Social Scientific - Concept of Legal Pluralism*, in Journal of Law and Society No.20, 1993, in [https://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/harryarthurs/PageLibrary852571E8004DAFDB.nsf/0/053547F247F45F3D852571FC00657EF5/\\$file/11.%20tamanaha_follyofsocialscience.93.pdf](https://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/harryarthurs/PageLibrary852571E8004DAFDB.nsf/0/053547F247F45F3D852571FC00657EF5/$file/11.%20tamanaha_follyofsocialscience.93.pdf) , acedido no dia 24.01.15.
- TAMANAHA, Brian Z. (2000) *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, Journal of law and Society 27(2): 296-321.
- TAMANAHA, Brian Z. (2008) *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*. Sydney Law Rev. 30:375-411.

- UNGER, Russel, *Brandishing the precautionary principle through the Alien Tort Claims Act*, 2001, 9 New York University Environmental Law Journal 638., in <https://litigation-essentials.lexisnexis.com>. Acedido no dia 04.05.15.
- WOODMAN, Gordon R, *Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism* (1998) 42 *Journal of Legal Pluralism* 21. In <http://commission-on-legal-pluralism.com/volumes/42/woodman-art.pdf> , acedido no dia 23.01.15.

OUTRAS FONTES

- AFANDE, Koffi Kumelio A., *Les enjeux relatifs au pluralisme juridique – Dans les processus d’élaboration du droit international des droits de l’homme, in la gouvernance en révolution(s)*
http://www.institutgouvernance.org/docs/les_enjeux_relatifs_au_pluralisme_juridique.pdf, acedido no dia 02.02.15.
- BALTAZAR, Rui, Diagnóstico institucional e organizacional do Aparelho do Estado em Moçambique, República de Moçambique, Ministério da Administração Estatal, Democracia e Fortalecimento Institucional, Workshop, Maputo, de 29 de Junho à 9 de Julho de 1993.
- BASTOS, Fernando Loureiro (2007) O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004, Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da UEM, na beira, em 15 de outubro de 2007 in <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Bastos-Fernando-O->

[Direito-Internacional-na-Constituicao-mocambicana-de-2004.pdf](#), acedido no dia 02.04.15.

- BORDO, Michael D., BARRY, Eichengreen, and DOUGLAS A. Irwin, *Is Globalization Today Really Different than Globalization a Hundred Years Ago?* Working Paper 7195, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, June 1999, in <http://eml.berkeley.edu/~eichengr/research/brooking.pdf> acedido no dia 17.02.15.
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI*, Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, Brasília, em 09.11.2005, in <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>, acedido no dia 06.04.15.
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Direito Internacional e Direito Interno: Sua Interação na proteção dos Direitos Humanos*, São José da Costa Rica, 12 de Junho de 1996, Centros de Estudos Brasileiro - Biblioteca Virtual, in www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos-introd.htm acedido no dia 29.06.15.
- CASTEL-BRANCO, Carlos (2002) *Mega-Projectos e Estratégia de Desenvolvimento*, in http://www.iese.ac.mz/lib/cncb/Mega_projectos_Moz_texto.pdf, acedido no dia 08.10.15.
- COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne, *La fragmentation du droit international: vers un changement de paradigme?* Lex Electronica, Vol. 11, n° 2 (Automne / Fall 2006)

in <http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/comtoisdinel.pdf>, acedido no dia 30.09.15.

- DUPUY, Pierre-Marie, “*L’unité de l’ordre juridique international*”, in 297 Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de la Haye, 2002, pp. 9-490.
- FRELIMO (1976) Documento da 8ª Secção do Comité Central. Maputo, Departamento de Informação e Propaganda, p. 121.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (1999) Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição moçambicana de 1999.
- HESPANHA, António Manuel, Os juristas como couteiros. A ordem na Europa Ocidental dos inícios da idade moderna.
- International Monetary Fund Facsheet - Protecting IMF Resources: Safeguards Assessments of Central Banks, in www.imf.org/external/np/exr/facts/pdf/safe/pdf , acedido no dia 15.02.2014.
- JOUANNET, Emmanuelle, *L’influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l’ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l’ordre juridique international*, in https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/E._JOUANNET/PG_et_fragmentation-version_CERDIN.pdf , acedido no dia 25.09.15.
- MAVUNGA, Boaventura, Estudo sobre o Papel das Convenções Internacionais sobre meio ambiente no Alívio a Pobreza em Moçambique – uma análise de

consistência (Relatório Final) - Ministério para a Coordenação da Acção Ambiental, Direcção Nacional de Gestão Ambiental, Maputo, Agosto de 2005.

- MOSSE, Marcelo e CORTEZ, Edson (2006) *Corrupção e Integridade nas Alfândegas em Moçambique*, CIP.
- Ministério de Planificação e Desenvolvimento e Banco Mundial – Criação de Emprego em Moçambique é a Lei do Trabalho a Resposta? Discussion Papers n.º 35P, Novembro de 2006, Elaborado por Fausto Mafambissa (Direcção Nacional de Estudos e Análises Políticas) e Louise Fox (World Bank), p.i).
- OGATA, SadaKo, “Los retos de la protección a los Refugiados” (Conferencia en la Universidad de la Habana, Cuba, 11 de Mayo del 2000) Statements by High Commissioner, in <http://www.unhcr.org/3ae68fc614.html> . Acedido no dia 18.06.15.
- PAULINO, Augusto Raúl (1997) *Regime Jurídico da Recepção das Convenções Internacionais no Ordenamento Jurídico Moçambicano*, Trabalho de Fim de Curso, Faculdade de Direito da UEM.
- ROBINSON, Mary, *Constructing and International Financial, Trade and Development Architecture: The Human Rights Dimension*, Zurich, 1 July 1999, www.unhchr.org.
- ROBINSON, Mary, *Building Relationships That Make a Difference*, United Nations High Commissioner for Human Rights at Business for Social Responsibility Conference on Profitable Partnerships, San Francisco, 3 November 1999.

https://www.unglobalcompact.org/newsandevents/speeches_and_statements/san_francisco_conference_on_profitable_partnerships.html, Acedido no dia 18.03.15.

- ROMANO, Cesare P.R., *Project on International Courts and Tribunals*, Center on International Cooperation, New York University, in http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf, Acedido no dia 28.04.15.
- SCHWENCK, Terezinha – Direitos Humanos Ambientais, in <http://www.fadipa.br/pdf/schwenck.pdf>, acedido no dia 29.04.15.
- UNICEF – Relatório sobre Pobreza Infantil e Disparidades em Moçambique 2010, Maputo, 2011, p. 42, in <http://www.unicef.org/mz/cpd/documents/Pobreza-infantil-2010.pdf>, acedido no dia 23.06.14.
- UN - International Council on Human Rights Policy. 2002. *Beyond Voluntarism: human rights and the developing international legal obligations of companies summary*. In http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf . Acedido no dia 30.04.15.
- USAID - Removendo as barreiras ao crescimento económico de Moçambique – estudos de diagnóstico sobre a integração do comércio na redução da pobreza. Estudo feito por um grupo de consultores sob a égide da USAID – Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional, em 2004.
- UN - Relatório Brundtland da Comissão mundial sobre o Meio Ambiente das Nações Unidas.

- United Nations, International Law Commission, “*Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*”, Report of the Study Group of the International Law Commission, 13 de Abril de 2006, A/CN.4/L.682, in http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf, acedido no dia 25.09.15.
- VARELA, Marcelo, Central aspects of the debate on the complexity of international law, in http://www.marcelodvarella.org/uploads/3/5/5/2/3552500/varella_1.pdf, acedido no dia 25.09.15.
- WOLFENSOHN, James D. 1999. “A Proposal for a Comprehensive Development Frame-work” in <http://www.worldbank.org/cdf/cdf-text.htm>.